Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Friedrich Blume

aus Wiesbaden.

Approbiert am 15. Januar 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

148

Referent: Univ.-Prof. Dr. Siber.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0113

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Allgemeiner Teil.

§ 1. Begriff und Wesen des gesetzlichen Rücktrittsrechts 4
§ 2. Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts 6

Besonderer Teil.

Hauptteil I.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach gemeinem Recht.

§ 3. Gibt es ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Mängel im Recht . . . 10
§ 4. Das Rücktrittsrecht wegen Mängel in der Kaufsache 12
§ 5. Finden die ädilitischen Rechtsmittel, insbesondere die actio redhibitoria auf den Genuskauf Anwendung? 18
§ 6. Das Rücktrittsrecht des Verkäufers wegen laesio enormis 22
§ 7. Das Rücktrittsrecht beim Kauf wegen Verzugs 25
§ 8. Fortsetzung 30

Anhang.

§ 9. Die Fortbildung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf bis zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche 33

Hauptteil II.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erstes Kapitel.

§ 10. Begriff und Wesen des Rücktrittsrechts überhaupt und seine Abgrenzung von verwandten Begriffen 37
§ 11. Ausübung und Wirkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts 43
§ 12. Ausschluß und Erlöschen des gesetzlichen Rücktrittsrechts. — Unwirksamkeit des Rücktritts 48

Seite

Zweites Kapitel.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim gegenseitigen Vertrage und seine Anwendung auf den Kauf.

§ 13. Das Rücktrittsrecht wegen verschuldeter gänzlicher Unmöglichkeit der Leistung 52
§ 14. Das Rücktrittsrecht wegen teilweiser Unmöglichkeit der Leistung . . . 58
§ 15. Das gesetzliche Rücktrittsrecht im Falle des § 325 Abs. 2 BGB. . . 62
§ 16. Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Erfüllungsverzuge 63
§ 17. Schluß 70

Drittes Kapitel.

Das speziell in der Lehre vom Kauf aufgestellte gesetzliche Rücktrittsrecht.

§ 18. Das gesetzliche Rücktrittsrecht wegen Mängel im Recht 72
§ 19. Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf wegen Mängel in der Beschaffenheit der Kaufsache — die Wandlung 78
§ 20. Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei dem sukzessiv zu erfüllenden Kaufgeschäft wegen positiver Vertragsverletzung 91

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandektenlehrbuch.

Baron, Pandektenlehrbuch 1896.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2. Teil 1.

Becker, Entwicklung und Voraussetzungen des Rücktrittsrechts nach § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Diss. Leipzig 1904.)

Bendixen, ius poenitendi. (Diss. Göttingen 1889.)

Bernhöft, Kauf, Miete und andere Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896.

Dernburg, Pandekten 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 1899—1901 Bd. 2. Teil 1. u. 2.

Dernburg, über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 8 Nr. 1.

Düringer und **Hachenburg**, Handelsrecht. Bd. 2. 1901.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge Jahrg. 3.

Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung. (Diss. Erlangen 1896.)

Emmerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1899.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1900.

Fiebach, Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem BGB. (Diss. Breslau 1904.)

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe.

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. In Gruchot Bd. 44.

Glück, Pandekten.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB. systematisch dargestellt 1901.

Goldschmidt, über die Statthaftigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19. 1873.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware 1884.

Haymann, Die rechtliche Natur und prozessuale Behandlung des Wandlungsanspruchs. In Gruchot Bd. 46.

Heilfron, Lehrbuch des BGB. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse.

Hoffmann, Inwieweit kennt das BGB. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? (Diss. Greifswald 1900.)

Huch, Der Vollzug der Wandlung nach § 463 BGB. (Diss. Breslau 1903.)

Jacobsohn, Rücktrittsrecht bei mora debitoris. (Diss. Erlangen 1900.)

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des BGB. Teil 2.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900.

Kisch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 44.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.

Kniep, Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht 1872.

Kommissions-Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 1897, 1898.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 8 Nr. 11.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1899.

Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts von Stoppe. Bd. 3.

Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf des BGB. 1891.

Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 96.

Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem BGB. (Diss. Rostock 1903.)

v. Madai, Die Lehre von der mora 1837.

Matthiaß, Lehrbuch des BGB. 1899.

Meisner, Kommentar zum BGB. Bd. 2.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsanspruch des BGB. (Diss. Bonn 1900.)

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. 3: Lehre von der mora 1855.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1896.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts 1835/36.

Oertmann, Kommentar zum BGB. 1899.

Oertmann, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 17.

Oertmann, Zur Lehre von der Wandlung. Im Recht Jahrg. 1904.

Oertmann, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung.

Neumann, Kommentar zum BGB.

Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung. In der Deutschen Juristenzeitung 1901.

Paech, Leistungsverzug, eine Studie zum BGB. 1902.

Pauli in Voigt u. Heinecken, Archiv für Handelsrecht Bd. 3. 1862.
Petry, Gewährleistung wegen Mängel im Recht.
Planck, Kommentar zum BGB. 1898—1901.
Puchta, Pandektenlehrbuch.
Regelsberger, Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrage wegen Verzugs in der Erfüllung. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 50.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen.
Rehbein, mora debitoris. (Diss. Halle.)
Reichsgerichts-Entscheidungen in Zivilsachen.
Romeik, Zur Technik des BGB. Heft 1: Fristbestimmung.
Sandstein, Über die laesio enormis. (Diss. Göttingen 1887.)
Scheer, Recht der Schuldverhältnisse im BGB.
Schellen, Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach dem gemeinen Recht und dem BGB. (Diss. Leipzig 1901.)
Schoeller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. In Gruchot Bd. 44, 45, 46.
Schollmeyer, Kommentar zum BGB. 1899.
Schweppe, Römisches Privatrecht.
Seuffert, Pandektenlehrbuch.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in Deutschland.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 1868.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Bd. 1.
Soergel, Rechtsprechung 1900—1905.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB. 1900.
Staub, Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. In der Guttentagschen Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1900.
Steinhauer, Die Entwicklung und Gestaltung des Rechts des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im römisch-gemeinen Recht und im BGB. (Diss. Göttingen 1891.)
Stölzel, Zivilistische Praxis.
Thibaut, System des Pandektenrechts 1834.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht 1900.
Thiele, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem BGB. (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89.)
Thöl, Handelsrecht. Bd. 1.
Türke, Der Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Säumnis von der anderen Seite. (Diss. Göttingen 1891.)
v. Vangerow, Pandekten 1863—1869.
v. Waechter, Pandekten 1880/81.
Weyl, Vorträge über das BGB. 1898.

Wendt, Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2. 1837.
Windscheid-Kipp, Pandektenlehrbuch 1900.
Winter, Über das Recht zur Wandlung oder zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Jahrg. 48 S. 193 f.
Zimmern, Archiv für zivilistische Praxis III.
Zitelmann, Das Recht des BGB. 1900.

Einleitung.

Die Rechte der Parteien aus einem geschlossenen Vertrage — der auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten übereinstimmenden Willenserklärung, durch welche zwischen ihnen eine Verpflichtung zu einer Leistung entstehen, abgeändert oder aufgehoben werden soll —, gehen auf die genaue Erfüllung desselben. Der Vertrag soll erfüllt, es soll der Erfolg angestrebt werden, der den Parteien beim Abschlusse vorschwebte und um dessentwillen sie das Gebiet der rechtlichen Gebundenheit beschritten haben. Damit ist die Erfüllung der Endzweck, die zeitliche Grenze dieses „iuris vinculum", mit ihr löst sich die obligatorische Bindung.

Wenn nun auch das Recht dieser obligatorischen Bindung zwischen den Parteien eine solch weittragende Bedeutung zumißt, daß es sich zur Pflicht macht, den durch das Schuldverhältnis Gebundenen auch die Handhabe der Durchführung ihrer Ansprüche zu bieten, so hat es aber auch gegebenenfalles die Pflicht, im Gegensatz hierzu und unter Durchbrechung der Fesseln des „vinculum iuris" eine Vertragspartei von dem Gebundensein zu befreien.

Die Gründe, die den Gesetzgeber bestimmen, die durch den Vertrag bewirkte Bindung nicht als eine unwiderrufliche und unauflösbare zu gestalten, können sehr verschieden sein. Der Vertrag soll vor allen Dingen den Interessen der Parteien gerecht werden. Treten Umstände ein, die dem durch den Vertragsschluß gewollten Zweck entgegenstehen, die einer Partei sogar wesentliche Nachteile bringen können, so wäre es unbillig, wollte man auf Grund der obligatorischen Bindung daran festhalten, daß ein Vertrag nur durch Erfüllung oder deren Surrogate beendet werden könnte. Diesen Standpunkt hat die heutige Rechtsanschauung immer mehr verlassen und hat, dem rechtsgeschäftlichen

Verkehre den weitesten Spielraum lassend, der in ihren Interessen geschädigten Partei das Recht gegeben, unter den vom Gesetze gegebenen Voraussetzungen sich einseitig von dem Vertrage zu befreien, auch wenn nicht beim Abschluß des Vertrages eine darauf hinzielende Bestimmung getroffen worden ist.

Dieses einseitige Abgehen von dem Vertrage hat das Recht insbesondere in der Ausbildung des Rücktrittsrechts geschaffen, das sich hiernach als eine „Reaktion gegenüber einer dem Vertragsinhalte zuwiderlaufenden Veränderung der Umstände darstellt".[1]) Aber auch dieses einseitige Abgehen vom Vertrage ist, sofern es nicht kraft besonderer Parteiabrede modifiziert ist, um subjektiver Willkür vorzubeugen, auf ganz bestimmte, vom Gesetzgeber normierte, Tatbestände beschränkt und wird auch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gewährt, alles Maßnahmen, die auf den eben entwickelten Begriff und Zweck des Vertrages wieder zurückgreifen, nach welchen ein Vertrag nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nur durch Erfüllung endigen und nur dann von ihm abgegangen werden soll, wenn ein dem Zweck und Inhalt der Parteiabrede zuwiderlaufender Umstand eintritt.

Im folgenden soll nun das gesetzliche Recht des Rücktritts nach seinem Begriffe, seinen Voraussetzungen und Wirkungen einer Prüfung unterzogen werden, und zwar in seiner wichtigsten Ausgestaltung beim Kauf, dem Typus des gegenseitigen Vertrags. Es soll sich die Erörterung nur auf das vom Gesetze selbst gewährte Recht des Rücktritts beschränken, weshalb wir von vornherein die durch Parteiabrede getroffene Rücktrittsbefugnis auszuscheiden haben.

Zu der vollendeten Gestaltung, in der uns das Rücktrittsrecht heute als Materie des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich gegenübertritt, hat es sich nur schwer und langsam durch die Jahrhunderte des Rechtslebens entwickelt. Wir müssen daher in kurzem auf die geschichtliche Entwicklung dieses Rechts zu sprechen kommen, müssen verfolgen, wie es aus den bescheidensten Anfängen des Kontraktsystems im römischen Recht in stufenweiser Entwicklung, die als nennenswert erst in der Praxis des gemeinen Rechts gegolten,

---

[1]) s. Hoffmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrag. Diss. Greifswald.

sich zu einem solch abgeklärten Rechtsinstitut unseres heute geltenden bürgerlichen Rechts emporgeschwungen hat, dem rechtlichen Verkehre des Lebens eine ungeahnte Handhabe bietend.

Die Darstellung hat der Entwicklung gemäß sich zunächst mit der Ausbildung des gesetzlichen Rücktrittsrechts überhaupt zu beschäftigen, um dann auf die spezielle beim Kauf im gemeinen Recht zu gelangen. Den Abschluß bildet die Darstellung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Begriff und Wesen des Rücktrittsrechts.[1])

Das Rücktrittsrecht ist das Recht einer Partei, durch einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung das Schuldverhältnis mit rückwirkender Kraft und für die Zukunft derart aufzulösen, daß die Rechte aus ihm erlöschen und ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen entsteht. Der Rücktritt ist die Ausübung des Rücktrittsrechts. Diese, unserem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegende Begriffsbestimmung des Rücktrittsrechts, ist das Ergebnis einer langsamen, insbesondere durch die gerichtliche Praxis getragenen, stufenweisen Entwicklung, die unter den verwandten, dem Rücktritte ähnelnden Rechtsinstituten sichtend, heute im Gegensatz zu den vielfach ungenauen Gebilden des römischen und gemeinen Rechts eine abgerundete und abgeklärte Materie des bürgerlichen Rechts geschaffen hat. Ohne auf die, dem zweiten Teil vorliegender Arbeit vorbehaltene Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf im Bürgerlichen Gesetzbuch vorzugreifen, sei der Begriff des Rücktrittsrechts darum festgelegt, zumal wir von dieser Grundlage aus auf die wichtige Frage einzugehen haben, ob dem gemeinen Recht überhaupt ein gesetzliches Rücktrittsrechts dieser allgemeinen Natur bekannt war, ob solche Rechte beim gegenseitigen Vertrage sich vorgefunden haben und schließlich, ob insbesondere der Kauf ein Recht des Rücktritts zugelassen hat. Wir werden hierbei finden, daß von der Ausbildung des gesetzlichen Rücktrittsrechts überhaupt und beim Kauf nur in sehr vereinzelten;

[1]) s. Kaufmann Teil 2 S. 198 ff.; Dernburg Bd. 2 Abt. 1 S. 266 ff.; Matthiaß Teil 1 § 90 S. 408 ff.; Cosack Teil 1 S. 365 ff.; Prof. Oertmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung: Die Bedeutung der Rücktrittserklärung; Crome Bd. 2 Teil 1 § 174 S. 197 ff.

Fällen gesprochen werden kann und erst das Zeitalter der großen Kodifikationen, vor allem das alte Handelsgesetzbuch und nicht zum mindesten unser heutiges bürgerliches Recht entscheidende Schritte in der Ausbildung dieses Instituts geschaffen haben.

Dem römischen wie dem gemeinen Recht war also ein Rücktrittsrecht allgemeiner Natur, wie sie etwa der oben erwähnten Begriffsbestimmung entspräche, vollkommen fremd. Man kannte wohl ein Rücktrittsrecht kraft Parteiabrede, das zumeist in die Form von Nebenverträgen gegossen, auf dem Gebiete des Kontraktssystems den Parteien den größten Spielraum gewährte. Nur in ganz wenigen Ausnahmefällen waren von einem gesetzlichen Rücktrittsrechte ausgebildete Normen zu finden, die aber ebenfalls hier einer genauen Sonderung bedürfen, um als rücktrittsähnliche Handlungen von dem eigentlichen Rücktritt getrennt zu werden. Eine derart scharfe Umgrenzung, wie sie unser Bürgerliches Gesetzbuch gab, war nicht vorhanden. Vor allem war, wie wir später sehen werden, das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Verzuge, wo es doch heute die weitaus größte Rolle spielt, in der Wissenschaft des römischen wie des gemeinen Rechts nicht zu finden. Die in ihren Interessen verletzte Partei mochte ihre Interessen einklagen; das reich ausgebildete Aktionensystem des römischen Rechts gab ja genugsam Mittel an die Hand. Ein völliges Abgehen vom Vertrage, etwa durch einseitige Erklärung gegenüber der andern Partei, lag bei der strengen Betonung des vinculum iuris doch zu weit ab. Anders freilich verfuhr in zweckmäßiger Rechtsprechung die Praxis der oberen Gerichte, die allmählich in größerem Maße der in ihrem Interesse geschädigten Vertragspartei unter den gegebenen Voraussetzungen die Rücktrittsbefugnis zubilligte. Aber auch dieses Rücktrittsrecht trug nicht die obenerwähnten Begriffsmerkmale in sich, es enthielt nur die Befugnis, die Naturalerfüllung der Leistung ablehnen zu dürfen, verbunden mit einem Recht auf Schadensersatz.[2]) Es galten weiterhin im gemeinen Recht auch alle einseitigen Aufhebungsakte, mochten sie sich nun Rücktritt, Widerruf oder Kündigung benennen, als Rücktritt vom Vertrage, wenn man mit dem Begriffe Rücktritt das Ergebnis desselben, die Auflösung des Vertrages, ins Auge faßte

[2]) Türke, Rücktritt von zweiseitigen Verträgen S. 7 ff.; vgl. auch Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 280 Anm. 1; Hoffmann, Diss. Greifswald.

und damit einen weiteren Begriff des Rücktrittsrechts konstruierte.[3]) Die Gleichheit des Zweckes rechtfertigte ja auch eine Zusammenfassung der Begriffe. Nicht aber rechtfertigt sie auch die Annahme einer Wesensverwandtschaft, und darum ist heute im anderen Sinne von Rücktrittsrecht, in anderem von Kündigung, Widerruf usw. zu sprechen. Doch auch hierauf ist erst im zweiten Teile der Arbeit einzugehen. Hier interessiert uns zunächst die Frage, ob das gemeine Recht das Rücktrittsrecht im oben erwähnten Sinn überhaupt kannte, zu welchem Zwecke wir auf die Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts in kurzem zu sprechen kommen müssen.

§ 2.

Zur Geschichte des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

Wir sagten, daß das römische Recht ein Rücktrittsrecht allgemeiner Natur nicht gekannt hat, das hing aber mit der Gestaltung des römischen Kontraktsystems aufs engste zusammen.

Der Anschauung des alten römischen Rechts entsprach es, daß nicht jedes Schuldversprechen rechtlich gültig und klagbar war, sondern daß eine strenge Form oder eine gewisse causa civilis hinzukommen mußte, um das Versprechen gültig und klagbar zu gestalten.

Begründet werden aber konnte das Schuldverhältnis entweder dadurch, daß zu der formlosen Vereinbarung die Hingabe einer Sache (res) hinzutrat, auf Grund deren nun auf Gegenleistung bezw. Rückgabe geklagt werden konnte, oder dadurch, daß durch Stipulation in bestimmter Wortform (verbis) der Konsens erklärt oder (litteris) die obligatorische Bindung erzeugt wurde. Erst später konnte auch der bloße obligatorische Konsens ohne weitere Voraussetzungen klagbar sein. Hiernach, d. h. nach der Form des Abschlusses, unterschied man Real-, Verbal-, Litteral- und Konsensualkontrakte, die einen festgeschlossenen Kreis des römischen Kontraktsystems bildeten. Die diesen Vorschriften nicht genügenden Verträge waren als bloße pacta — nuda pacta — mit Ausnahme der pacta praetoria et pacta legitima klaglos, weil eben ein Vertrag nicht zu Recht bestand. [1])

---

[3]) Littmann S. 12 ff.; Fiebach S. 3.

[1]) vgl. Sohm, Institutionen des römischen Rechts S. 395 f.

Leistete nun auf Grund eines solchen pactum jemand etwas, so konnte er, falls die Gegenpartei ihrerseits nicht auch leistete, das bereits Geleistete wieder zurückfordern. Solche Kontrakte nannte man Innominatkontrakte; die aus ihnen entspringende Klage war die condictio ob causam datorum.[2]) Später, nachdem die allgemeine Klagbarkeit auch bezüglich dieser Innominatkontrakte anerkannt worden war, wurde für sie eine besondere Klage, die actio praescriptis verbis[3]) geschaffen. Die Klage stand dem einen Teil nach bewirkter Leistung zu und ging auf die Gegenleistung. So brachte demnach nicht der bloße Vertrag, sondern erst die erfolgte Leistung der einen Partei die Klage zur Entstehung. In diesem Sinne waren also die Innominatkontrakte Realkontrakte.[4]) Daneben blieb die condictio auf Rückforderung weiter bestehen, wie ja überhaupt erst allmählich das Recht des Prätors in Verbindung mit dem ius gentium in die Lücken des alten Zivilrechts eingriff, um dieses schließlich großenteils ganz zu beseitigen im Sinne fortschreitender Entwicklung, und bildete dies also einen Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts, da bei Verzug des Gegners die verletzte Vertragspartei den Boden des Schuldverhältnisses verlassen und das Geleistete zurückfordern konnte.

Im justinianischen Recht kam noch eine condictio ex poenitentia auf. Dieses in der Literatur unter dem Namen „Reurecht" aufgeführte Recht sollte der Partei, die ihrerseits bereits erfüllt hatte, selbst dann rechtlich zustehen, wenn die andere Partei nicht mit der Gegenleistung im Verzug war, insbesondere, wenn die für die Gegenleistung verabredete Zeit noch nicht abgelaufen war.

Die Annahme einer derartigen Rücktrittsbefugnis ist in der Literatur sehr bestritten, auch ist ihre Existenz zum mindesten zweifel-

---

[2]) D. 12, 4 de condictione causa data, causa non secuta; C. 4, 6 de condictione ob causam datorum; Dernburg, Pand. II § 7.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 7 S. 20; Hoffmann, Diss. S. 12 ff.; lex 1 § 4 D. de rer. permut. 19, 4: Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictionis locus est quasi re non secuta. vgl. auch Fiebach S. 4 ff.; Dernburg II Anm. 15 § 7. Eine allgemeine actio praescriptis verbis für alle bezüglichen Fälle war dagegen in dem Edikt des Prätors nicht vorgesehen.

[4]) vgl. Sohm S. 366 f.

haft. Es ist namentlich Wendt,[5]) der selbst im gemeinen Recht noch von dem Bestehen dieses Pönitenzrechts wissen will, während die Mehrzahl der juristischen Schriftsteller eine praktische Bedeutung diesem Reurecht nur für die justinianische Rechtsepoche zugesteht[6]) Ferner hat Gradenwitz bestimmt nachgewiesen, daß die in Betracht kommenden Stellen des corpus iuris l. 3 §§ 2, 3; l. 5 pr. §§ 1, 2, 3, 4 D. de cond. c. d. 12, 4 interpoliert sind,[7]) und auch sonst spricht viel gegen die Annahme einer allgemeinen Geltung dieses Rücktrittsrechts.[8]) Reurecht wie condictio ob causam datorum gelten heute nicht mehr, sie waren schon in der Praxis des gemeinen Rechts fallen gelassen. Die Klagbarkeit der formlosen obligatorischen Verträge wurde allgemein in Wissenschaft wie Praxis festgelegt. Es braucht also bei den Innominatkontrakten der Kläger nicht mehr die vorhergehende Leistung zu beweisen, um ein Klagerecht auf die Gegenleistung zu erlangen; die Leistung erfolgte nicht mehr obligandi, sondern solvendi causa.

Werfen wir nun einen Rückblick auf das Gesagte, so sehen wir, daß das römische Recht ein gesetzliches Rücktrittsrecht allgemeiner Natur nicht kannte. Dem Rücktritt ähnelnde Institute finden wir nur bei den Innominatkontrakten und bei den angegebenen condictiones. Der Boden, auf welchem vielmehr — aber auch dies erst im späteren römischen Recht — das gesetzliche Rücktrittsrecht erwuchs und in seinem Wesen und Wirkungen wenigstens unserem heutigen Rücktrittsrecht eine gewisse Ähnlichkeit zeigte, war der der zweiseitigen Verträge und hier vor allem des Kaufes. Zwar galt auch hier wie bei den Konsensualverträgen überhaupt der Grundsatz strenger Aufrechterhaltung der durch den Vertrag geschaffenen Verpflichtungen, was mit der eigenartigen Gestaltung des Synallagmas zusammenhing.[9]) Was die Partei nämlich auf Grund des Vertrages leistete, das leistete sie, wie schon erwähnt, nicht obligandi, sondern solvendi causa, d. h. sie leistete in

---

[5]) Wendt, Reurecht und Gebundenheit; vgl. Dernburg II S. 20 Anm. 16; Windscheid II § 321 Anm. 11 und 12.

[6]) Windscheid Bd. 2 § 321 Note 11 und 12; Dernburg Bd. 2 § 7 Anm. 16; Bendixen, ius poenitendi, Diss. Göttingen 1889.

[7]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pand. 1887 S. 166 ff.

[8]) Vangerow Bd. 2 S. 240 ff. und die von ihm angeführten Schriftsteller.

[9]) Dernburg II § 20.

Erfüllung der durch den Vertrag gegebenen Verpflichtungen.[10]) Die Nichterfüllung auf der einen Vertragsseite berechtigte daher nicht zum Abgehen vom Vertrag unter Rückforderung des bereits Geleisteten,[11] sondern ließ nur die Erfüllungsklage nebst Schadenersatzansprüchen zu.

Das starre Festhalten am einmal geschlossenen Vertrag mit seinem Erfüllungszwang war aber in keiner Weise geeignet, dem rechtlichen Verkehre der Parteien Förderung zu verschaffen; vor allem bedeutete es bei jenen Verträgen des alltäglichen Lebens wie z. B. beim Kauf ein unerträgliches Hindernis. Denn gerade der Kauf verlangt ja Leichtigkeit und Beweglichkeit der Formen. So mußte denn schon früh die Rechtsprechung den Ausgleich suchen zwischen Theorie und Praxis und vor allem auf den Willen der Parteien ihr Augenmerk richten, deren Interessen auf Grundlage der Billigkeit und Gerechtigkeit zu schützen ihre Hauptaufgabe sein mußte. Mit kleinen Ausnahmefällen beginnend, gewährte sie unter gegebenen Voraussetzungen in ganz bestimmter Weise ein Abgehen vom Vertrage, das uns gerade beim Kauf — z. B. in der redhibitoria — deutlich entgegentritt. Aus den Ausnahmebestimmungen erwuchs aber das allgemeine Prinzip, das seinen Nährboden in der Praxis des gemeinen Rechts gefunden und in stufenweis fortschreitender Entwicklung einen erfolgreichen Abschluß im heutigen bürgerlichen Recht erlangt hat.[12]) Die Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf sind gering und dazu noch sehr bestritten. Wir haben im folgenden auf sie einzugehen.

---

[10]) vgl. Eiswaldt § 6; Littmann S. 8f.

[11]) Eiswaldt § 6, weil der Gegenkontrahent ja nicht die Leistung sine causa besaß, sondern kraft der mit dem Vertragsschlusse entstehenden Selbständigkeit seines Forderungsrechts.

[12]) Stammler nennt das Rücktrittsrecht eine Lieblingslehre des BGB.

Besonderer Teil.

Hauptteil I.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach gemeinem Recht.

§ 3.

Gibt es ein Rücktrittsrecht wegen Mängel im Recht?

In seiner Allgemeinheit bezweckt der Kauf den Umsatz einer Sache gegen Geld.

Im römischen wie im gemeinen Recht und auch nach dem heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch entsteht der Kaufvertrag dadurch, daß die eine Partei, der Verkäufer, der anderen Partei, dem Käufer, einen Gegenstand zu überlassen sich verpflichtet und dafür der Käufer dem Verkäufer die vereinbarte Kaufsumme für die Kaufsache zu zahlen verspricht.

Wir haben also einen gegenseitigen Vertrag, der nach übereinstimmender Willenserklärung der beiden Kontrahenten wechselseitige Verpflichtungen erzeugt.

Diese Verpflichtungen der Parteien sind nun im römischen und gemeinen Recht andere gewesen als im heute geltenden bürgerlichen Rechte. Verschaffung des bloßen „habere licere" im römischen und gemeinen Recht und die Rechtsverschaffung, d. h. Verschaffung von Eigentum — habere licere im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches — stehen sich gegenüber, wenngleich nicht geleugnet werden darf, daß der in dem Kaufvertrag erklärte Wille des Verkäufers nicht bloß darauf abzielt, daß der Käufer die Sache tatsächlich habe, sondern das tat-

sächliche Haben als Konsequenz des rechtlichen Habens aufgefaßt wissen wollte.[1])

Von dem Entwehrungsprinzipe ausgehend, stellte das römische Recht den Satz auf, daß der Verkäufer für das habere licere praestare einstehen müsse; habere licere praestare bedeutet aber nicht: der Verkäufer haftet für Eigentum, sondern: der Verkäufer muß tradieren, d. h. Besitz übertragen, der Verkäufer haftet für Eviktion,[2]) und schließlich der Verkäufer muß, falls er Eigentümer der Kaufsache ist, das seinerseits Erforderliche tun, daß auch der Käufer Eigentümer werde.

Es haftet also der Verkäufer dem Käufer für die rein tatsächliche Gewalt und den ungestörten Genuß. Er war demnach von jedweder Haftung befreit, solange nicht seitens eines besser berechtigten Dritten die Entwehrung erfolgte. Erst dann und zwar regelmäßig auch nur dann, wenn der Käufer auf Grund der drohenden Entwehrung dem Verkäufer litem denunziiert und die Sache dem Evinzenten herausgegeben hatte, konnte dieser die Leistung oder event. sein Interesse verlangen, das für ihn darin bestand, daß die Entwehrung nicht geschah.[3])

Bestimmt wird das Interesse mit Rücksicht auf die Zeit der Entwehrung, abgezogen wird, was der Käufer seinerseits von der Sache gewonnen hatte.

Also nur das Interesse zu fordern stand dem Käufer zu und dies auch nur dann, wenn er das mangelhafte Recht des Verkäufers beim

---

[1]) vgl. Windscheid, Pand. II 8. Aufl. § 389, insbes. Anm. 3; mit ihm übereinstimmend Baron, Pand. 8. Aufl. S. 515ff.; Sohm S. 384f.

[2]) Unter Eviktion verstand man die Abstreitung der Kaufsache im Wege eines Rechtsstreits und zwar auf Grund eines Rechts, das bereits gegen Veräußerer bestand. Der Sache steht gleich ein ideeller oder reeller Teil, sowie eine Personalservitut. Von einem Eviktionsanspruch war also keine Rede, wenn der Kaufgegenstand aus einem erst nach dem Kaufabschluß entstandenen Grunde dem Käufer entwehrt wurde.

[3]) Dernburg, Pandekten § 99 Anm. 8: „Die Denunziation wurde durch die Jurisprudenz gefordert, einmal, weil der Verkäufer über die Rechtslage der Kaufsache in der Regel besser unterrichtet sein werde als der Käufer, dann auch, weil es sich in dem Streit mit dem Evinzenten mehr um das Interesse des Verkäufers handelt, welcher regreßpflichtig ist, als um dasjenige des Käufers selbst. Die Denunziation erfolgte im Gegensatz zum heutigen Recht in Rom außergerichtlich."

Kaufe nicht gekannt,[4]) wenn er auf dasselbe nicht verzichtet hatte,[5]) oder wenn es nicht Verkäufe waren, die jemand während des Spiels machte, um weiter spielen zu können.[6])

Ein Rücktrittsrecht, ein Recht auf Rückgabe des Kaufpreises gegen Rückgewähr der Kaufsache, war in keinem Falle begründet, wie unzweideutig die Quellen aussagen.[7])

Auf demselben Standpunkt stand auch der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, der die Haftung des Verkäufers wegen Rechtsmängel von der Eviktion des Dritten abhängig machte. Der erste Entwurf gab aber im § 377 Abs. 2 S. 3 unter Hinweis auf den § 369 ein dem Käufer zustehendes Rücktrittsrecht. Die Motive gingen hierbei von der Erwägung aus, daß bei dem Vorliegen eines Rechtsmangels ein subjektives Unvermögen des Verkäufers unterlaufe, das dieselben Wirkungen zu äußern vermöge, wie der Fall einer nachträglichen Unmöglichkeit.[8])

Das Bürgerliche Gesetzbuch erst bildete den Gedanken weiter aus und gewährte im § 440 dem Käufer ohne weiteres ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn der Verkäufer seinen gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkommt.

§ 4.

Das Rücktrittsrecht wegen Mängel in der Kaufsache.

Anders freilich gestalten sich die Rechte des Käufers bei dem Vorhandensein von Sachmängeln.[1])

---

[4]) Windscheid, Pand. II § 391. Ferner l. 18, 27 C. 8, 44; l. 7 C. 3, 38; l. 3 § 4 C. 6, 43 und N. 7 c. 5; Vangerow Bd. 3, 1869 § 611.

[5]) Windscheid, cod. l. 21 C. 8, 44; l. 69 pr. D. 21, 2. — Nicht aber, wenn Arglist auf seiten des Verkäufers vorlag. Z. B. l. 6 § 9, l. 11 § 15, 18 D. 19, 1 l. 69 § 5 D. 21, 2.

[6]) l. 2 § 1 D. 44, 5.

[7]) D. l. 21, 1 l. 60; l. 66 § 3 u. a. m.

[8]) Entw. I § 374 f. S. 83. Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 89 f. Mot. II § 374 S. 217: „Aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer ist vielmehr eine Modifikation des Prinzipes dahin erforderlich, daß nach der formellen Erfüllung, nach Abschluß des dinglichen Vertrages, der Erwerber den Veräußerer in der Regel erst dann in Anspruch nehmen kann, wenn entwehrt worden ist . . . ferner S. 220 ff.

[1]) vgl. für das Folgende insbes. Dernburg II § 100; Windscheid I § 393; Wächter, Pandekten § 206; Baron, Pandekten § 289; Bechmann,

Bereits nach altem Zivilrecht hatte der Verkäufer für solche Eigenschaften der Kaufsache einzustehen, die er bei Abschluß des Kaufvertrages dem Käufer zugesichert hatte (Garantiehaftung).[2]) Er haftete ferner, wenn er die Fehler und Mängel des Kaufgegenstandes wissentlich, d. h. arglistig verschwiegen hatte (Dolushaftung).[3])

Fehlte nun eine der Kaufsache zugesicherte Eigenschaft oder ließ der Verkäufer den Käufer arglistigerweise über die fehlerhafte Beschaffenheit der Kaufsache in Unkenntnis, so konnte der Käufer mit der actio emti auf Ersatz des Interesses klagen,[4]) das für ihn auch darin bestehen konnte, daß der ganze Kaufvertrag aufgehoben wurde, wenn wegen des vorhandenen Mangels der Kaufsache dieselbe für ihn jedes Interesse verloren hatte.

Um aber diese Aufhebung zu erreichen, war der Käufer verpflichtet zu beweisen, daß einmal ein Fehler zur Zeit des Vertragsschlusses in der Kaufsache bestanden, daß ferner der Verkäufer die Abwesenheit der Fehler versprochen oder arglistigerweise von denselben nichts erwähnt habe und daß schließlich der Kauf ohne jedes Interesse für ihn sei, da ja die Sache wertlos geworden wäre.

Wenn es unter diesen Voraussetzungen nun auch zu einer tatsächlichen Auflösung des Kaufvertrages kam, so darf man doch in der Geltendmachung der actio emti ein Rücktrittsrecht nicht erblicken, denn die actio emti bleibt ja hier Interessenklage, da die Rückgabe der Kaufsache gegen Rückzahlung des Kaufpreises tatsächlich als der Inhalt des Interesses angesehen wurde.[5])

Hier griffen nun die für die Regelung des Marktverkehrs sorgenden Ädilen ein und schufen in dem sogen. „ädilitischen Edikte" durch Aufstellung besonderer Regeln eine segensreiche Fortbildung des Rechts-

---

Der Kauf nach gemeinem Recht I S. 391 ff.; Hanausek, Haftung des Verkäufers.

[2]) l. 6 § 4, l. 13 § 3 D. de a. e. v. 19, 1; Cic. de off. III cap. 16 § 65 galt speziell für den Grundstücksverkehr.

[3]) l. 11 § 3, 5 D. de a. e. v. 19, 1; l. 35 § 8 D. de c. 18, 1.

[4]) l. 6 C. 4, 49: Venditi actio, si non ab initio aliud convenerit non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretionem exigendum competit.

[5]) vgl. Huch, Vollzug der Wandlung nach § 463 BGB. S. 7 f.; l. 11 § 3 D. 19, 1.

lebens, die zugleich eine Durchbrechung der unzureichend gewordenen Regeln des alten Zivilrechts bedeutete.[6])

Wir sagten, daß wegen des bloßen Vorhandenseins von Fehlern der Käufer nach dem alten Zivilrecht eine Aufhebung des Vertrages nicht verlangen konnte. Hier änderten die Ädilen, indem sie bestimmten, daß der Käufer schon wegen jeder, die Brauchbarkeit der Kaufsache hindernden Fehler oder Mängel, auf Aufhebung dringen könnte, einerlei ob nun der Verkäufer den Fehler kannte oder nicht, ob er Garantie versprochen hatte oder keine solche vereinbart war.[7])

Ferner bestimmte das Edikt, daß der Käufer Aufhebung des Kaufes verlangen dürfe, wenn der Verkäufer der Kaufsache gewisse Vorzüge zugesichert hatte, es sich später aber herausstellte, daß diese Vorzüge fehlten.[8])

In den beiden hier angeführten Fällen stand es dem Käufer aber auch frei, statt der Aufhebung des Kaufvertrages eine Verminderung des Kaufpreises im Verhältnis der Einbuße, welche die Sache ihres Mangels wegen erlitt, zu verlangen, welch letztere in ihrem Erfolg aber der Aufhebung des Kaufvertrages völlig gleichkam, wenn die Kaufsache ganz wertlos geworden war.

Was nun die ädilitischen Rechtsmittel im einzelnen anbelangt, so ist folgendes zu bemerken:

Der Käufer hatte, wie gesagt, die Wahl zwischen der Aufhebung des Kaufvertrages, die mit der actio redhibitoria, oder der Preisminderung, welche mit der actio quanti minoris geltend gemacht werden konnte.

Die actio redhibitoria, auf welche es allein hier ankommt, bezweckt die völlige Aufhebung der Vertragsverpflichtungen zwischen Käufer und Verkäufer: Julianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.[9]) Hiernach soll ein Zustand geschaffen werden, der

---

[6]) D. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris 21, 1; C. de aedilitiis actionibus 4, 58. Bechmann, Der Kauf I S. 391.

[7]) Dernburg II § 100 S. 272; Windscheid II § 393 S. 639f.; Wächter S. 469f.; Hanausek § 1ff. D. de aed. ed. 21, 1 l. 1 §§ 8—11; l. 21 pr.; l. 28 pr. § 1—6; l. 48 § 8.

[8]) D. de aed. ed. l. 19 pr. § 1—3; l. 17 § 2, l. 18, l. 38, l. 38 § 10.

[9]) l. 23 § 7 D. de aed. ed. 21, 1.

bestände, wie wenn der Kaufvertrag nie geschlossen worden wäre. Dies bedeutete der Vergleich mit der in integrum restitutio. Die Verpflichtungen der Rückgewähr bemaßen sich im einzelnen:

Für den Verkäufer.

Er mußte den Kaufpreis nebst Zinsen vom Empfang der Zahlung an zurückerstatten.[10]) Notwendige und nützliche Aufwendungen des Käufers auf die Kaufsache hat er zu ersetzen, sofern dieselben nicht reiner Willkür des Käufers entsprungen sind und auch der Verkäufer sie getroffen haben würde.[11]) Schließlich hat der Verkäufer jeden Schaden zu erstatten, der dem Käufer durch den mangelhaften Zustand der Sache erwachsen ist, falls er es nicht vorzieht, dem Käufer die Sache statt Ersatz des Schadens zu überlassen.[12])

Für den Käufer.

Derselbe hat die Kaufsache nebst Zubehör, er hat sie mit allen Früchten, welche er aus der Sache gezogen oder kulpos zu ziehen unterlassen hat, ferner mit allem aus der Sache gemachten Erwerb und Gewinn und schließlich in demselben Zustand, in welchem er sie von dem Verkäufer erhalten hat, zurückzuerstatten.[13]) Für allen nicht auf Zufall beruhenden Schaden insbesondere der verschuldeten Verschlechterung der Kaufsache hat der Käufer Ersatz zu leisten. Zufälle, die die verkaufte Sache treffen, sind Schaden des Verkäufers; er muß also den Kaufpreis auch dann erstatten, wenn der Käufer die ohne sein Verschulden untergegangenen Sachen nicht restituieren kann.[14]) Auch die Weiterveräußerung oder Verarbeitung der Kaufsache schließt die Geltendmachung der actio redhibitoria für den Käufer nicht aus,[15]) sofern nur der Käufer in der Lage ist, die Sache wiederzuerlangen.

---

[10]) l. 27 D. h. t. 21, 1.

[11]) l. 27, l. 29 § 3, l. 30 D. 21, 1.

[12]) l. 29 § 3, § 8; l. 23; l. 58 pr. D. 21, 1, desgl. Windscheid, Pand. II § 394.

[13]) vgl. l. 1 § 1, l. 23 § 1, l. 31 § 2—4, l. 33 § 1 D. 21, 1; l. 1 § 1, l. 23 § 9 D. 21, 1; l. 31 § 11 u. 12 l. 48 pr. D. 21, 1; Windscheid § 394; Dernburg § 101.

[14]) l. 31 §§ 6, 11—15; l. 47 § 1; l. 48 pr. D. 21, 1.

[15]) Das ROHG. verneint dies zwar in Bd. 18 S. 202 ausdrücklich, indem es sagt, daß ein Kaufgeschäft nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Möglichkeit der Wiederherstellung des vor dem Kaufe vorhandenen Zustandes vorhanden

Schließlich ist die redhibitorische Klage einer sechsmonatlichen Verjährungsfrist unterworfen, die von dem Verkaufe an utiliter berechnet wird.[16]) Voraussetzung für den Beginn genannter Verjährungsfrist ist daher, daß der Käufer die Fehler wirklich erkannt oder infolge grober Nachlässigkeit nicht erkannt hat. Wenn der Verkäufer den Mangel kannte, so ist die Frist die 30jährige.

Was das Verhältnis der actio redhibitoria zu der actio quanti minoris angeht, so muß bemerkt werden, daß der Käufer zwischen beiden Klagen die Wahl hatte, jedoch so, daß die Anstrengung der actio redhibitoria keineswegs das Recht versagte, nun auf Preisminderung an Stelle der Wandlung zu klagen.

Die Erhebung der actio quanti minoris dagegen schloß von vornherein die weitere Geltendmachung der actio redhibitoria aus, da ja bei ihr der Kontrahent auf Grund des geschlossenen Kaufvertrages klagte, bei dem Vertrag also beharrte.[17])

Die actio redhibitoria versagte, wenn der Erwerber den Mangel der Kaufsache beim Kaufabschlusse kannte[18]) oder hätte kennen müssen.[19]) Sie versagte auch dann, wenn er auf ihre Geltendmachung dem Verkäufer gegenüber Verzicht geleistet hatte.

Schließlich sei noch erwähnt, daß die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen und mithin dem Käufer der Redhibitionsanspruch versagt werden sollte, wenn es sich um so unerhebliche Mängel handelte, daß

---

ist. Ein Käufer, der durch Veräußerung usw. über die Kaufsache verfügt, muß des Redhibitionsanspruchs verlustig werden; dieser Ansicht schließt sich Windscheid S. 646 Anm. 4 an. — Dernburg dagegen stimmt den Ausführungen Ecks in allen Punkten zu, der mit ihm behauptet, daß der in Unkenntnis des Mangels veräußernde Käufer nicht den Redhibitionsanspruch verliert, er ihn vielmehr weiter geltend machen dürfe, wenn er die Sache zurückerwerben könne oder zur Anrechnung ihres Sachwertes auf den von ihm zurückgeforderten Kaufpreis bereit ist. Freiwillige Veräußerung in Kenntnis des Mangels hat aber unbedingt als Verzicht auf die Redhibition zu gelten (vgl. auch Windscheid II Anm. 12a § 394).

[16]) l. 19 § 6, l. 55 D. h. t. 21, 1.

[17]) l. 25 § 1 D. de exceptione rei judicatae; Dernburg II § 101 am Schlusse; Windscheid II § 394.

[18]) de aed. ed. 21, 1 l. 14 § 9 u. 10; de C.E. 18, 1 l. 43. Natürlich mußte der Verkäufer beweisen, daß der Erwerber den Mangel kannte.

[19]) Traf den Verkäufer indessen Arglist, so haftete er selbstverständlich (vgl. Wächter § 206a).

eine Beeinträchtigung der Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit darin nicht gefunden werden konnte.[20])

Wir werden sehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmungen des römischen und gemeinen Rechts, die im ALR. §§ 317 ff. sich auch finden, aufgenommen und erweitert bezw. abgeändert hat.

Wir haben uns nun zu fragen, ob die actio redhibitoria, nachdem wir sie nach ihrem Wesen, Voraussetzungen und Wirkungen kennen gelernt, ein gesetzliches Rücktrittsrecht in dem Sinne darstellt, daß ein zu Recht bestehender Vertrag unter Durchbrechung des obligationis vinculum lediglich durch die einseitige Erklärung einer Partei dergestalt mit seinen Wirkungen für die Zukunft wie für die Vergangenheit getilgt wird, daß ein neues Schuldverhältnis auf Rückgewähr des beiderseits Empfangenen entsteht.

Ausdrücklich gebraucht das Wort „Rücktrittsrecht" allerdings nur Windscheid,[21]) die anderen Schriftsteller, darunter Wächter, sprechen von dem Recht des Käufers, den Vertrag anzufechten.[22])

Die Mehrzahl der anderen juristischen Schriftsteller berühren nicht die Frage nach der Natur der actio redhibitoria.

Wenn wir aber von dem strengen Begriff des Wortes Anfechtung absehen, den er im heutigen Rechte einnimmt, so läßt sich die Bezeichnung der actio redhibitoria Wächters mit „Anfechtung" doch nur aus der Vielseitigkeit dieses Wortes erklären, das ja schließlich auch auf andere einseitige (Kündigung) Aufhebungsakte, wie z. B. den Widerruf angewandt wurde.

Keinesfalls aber sollte damit der rechtliche Bestand des Vertrages wegen Mangels in dem Vertragsabschlusse selbst angegriffen, sondern die Aufhebung des Vertrags lediglich hinsichtlich der Erfüllung in Frage gestellt werden. Sehen wir von dieser vielfach unsicheren und schwankenden Ausdrucksweise ab und berücksichtigen allein das Wesen der redhibitorischen Ansprüche und ihre Wirkungen, so können wir nicht leugnen, daß wir es hier mit einem reinen gesetzlichen Rücktrittsrecht zu tun haben. Ist die Ausübung nicht ganz dieselbe wie im

---

[20]) l. 48 § 8 D. de aed. 22. 1. Pomponius libro 23 ad Sabinum: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitoria, in usu est (vgl. auch Windscheid § 394 Anm. 16, wo gezeigt wird, daß diese Behauptung irrig ist).

[21]) Windscheid II § 396.

[22]) Wächter Bd. 2 S. 470.

heutigen Recht, so ist doch die Wirkung des Rechtsmittels fast die gleiche, was auch die Tatsache nicht hindert, daß wenigstens das römische Recht auf Grund der actio redhibitoria eine condemnatio in duplum gab,[23]) wenn der Verkäufer seine Verpflichtung nicht bis zum Urteil erfüllte.

Die Bestimmungen des ädilitischen Edikts fanden mit der Rezeption des römischen Rechts auch ihren Eingang in das gemeine Recht und wurden hier weiter fortgebildet.

Wir werden später sehen, daß auch noch die Beratungen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter dem Einflusse gemeinrechtlicher Rechtsbildungen lebhaft Stellung für die Gestaltung der Wandlung im Sinne der redhibitoria des gemeinen Rechts nahmen und der Entwurf 1[24]) dem bloßen Verlangen des Käufers nach Wandlung durch einseitige Erklärung gegenüber dem Verkäufer volle Rechtswirkung beimaß. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch ließ diese Konstruktion, die wie Oertmann[25]) sagt, ein glattes Resultat erzielt hätte, aus wohlerwogenen Gründen fallen und entschied sich für die Gestaltung der Wandlung als Anspruch, der der Annahme des Gegners bedarf. Hierüber ist aber erst später zu sprechen.

§ 5.

Finden die ädilitischen Rechtsmittel, insbesondere die actio redhibitoria auf den Gattungskauf Anwendung?[1])

Wir erwähnten bereits, daß das Edikt des kurulischen Ädilen, welches sich anfangs nur auf Sklaven- und Viehkäufe bezog, durch die Rechtsprechung allmählich auf die Käufe aller körperlichen Sachen

---

[23]) Windscheid § 263 Anm. 15; Dernburg II § 100 Anm. 6; l. 45 D. 21, 1; vgl. auch Baron § 289 S. 521 oben.

[24]) Entw. 1 § 384.

[25]) Oertmann im Recht 1904 S. 29.

[1]) s. für das Folgende: Goldschmidt (über die Statthaftigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Kauf) in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19 1873; Windscheid Bd. 2 § 394; Dernburg Bd. 2 § 101; Balke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen? (Diss. Freiburg); Hanauset S. 113ff.; Thöl, Handelsrecht § 83; Seuffert 4. Ausgabe § 266; Vangerow III § 609 Anm. 1; Bechmann, Kauf II S. 333.

sowie auf den Kauf von Rechten ausgedehnt worden sei. Überall aber handelte es sich hierbei nur um den Spezieskauf, und es findet sich in den Quellen auch keine Belegstelle für die Annahme der Anwendbarkeit ädilitischer Rechtsmittel auf den Genuskauf. Ja man hat behauptet, den Römern sei der Begriff des reinen Gattungskaufes überhaupt fremd gewesen und auch das gemeine Recht habe denselben nicht gekannt.

War aber so der Begriff des Gattungskaufes nicht einmal anerkannt, so war auch für die ädilitischen Rechtsmittel kein Platz da. Die Ansicht hat keine große Verbreitung gefunden.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Gesetzesstellen von einem Gattungskauf nicht sprechen, so kann dennoch den Römern der Begriff des Gattungskaufes nicht fremd gewesen sein, wenn man die Vaticana fragmenta[2]) heranzieht (§ 16): Mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vendidit . . . eine Stelle, die ja von nichts anderem als einem Gattungskauf handelt. Durch Gewohnheitsrecht und Praxis wurde jedenfalls die Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel auf den Gattungskauf anerkannt. Ferner ist, wie Goldschmidt[3]) ausführt, aus der Nichterwähnung der Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel in den wenigen vom Genuskauf handelnden Stellen noch lange nicht die Unstatthaftigkeit derselben zu folgern. Das Schweigen des Gesetzes könne ebensogut ein bloßer Zufall sein, und es wäre doch sonderbar, wenn gerade das beim Gattungskauf als Konsens hingestellt würde, was für das kaufähnliche Geschäft, den Tausch, ausdrücklich anerkannt worden wäre.[4])

Aber noch andere Gründe führt man gegen die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf in das Feld. Die Vertreter dieser Ansicht leugnen die Statthaftigkeit, indem sie in der Lieferung mangelhafter Sachen die Erfüllung überhaupt in Frage stellen. Windscheid,[5]) Thöl,[6]) Seuffert[7]) u. a. m. nehmen nämlich an, daß bei einem Gattungskauf die Fehlerfreiheit der zu leistenden Sache als

---

[2]) Vaticana fragmenta § 16.
[3]) Goldschmidt S. 105.
[4]) l. 2 de rerum permutatione 19, 4.
[5]) Insbes. Windscheid § 394 Nr. 5; Dagegen Hanausek S. 114.
[6]) Thöl, Handelsrecht § 275.
[7]) Seuffert, Pand. § 266.

stillschweigend ausbedungen und zugesichert zu gelten habe und daß die in der Lieferung einer fehlerhaften Sache liegende Kontraktswidrigkeit deshalb als Nichterfüllung anzusehen sei. Nichterfüllung aber könne dem Käufer nur das Recht auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache oder auf Schadensersatz geben.

Diese Behauptungen, welche Windscheid[8]) damit begründet, daß beim Spezieskauf „diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose" eine viel ferner liegende sei, als beim Kauf generisch bestimmter Sachen die Auslegung: „eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen", läßt aber, wie Goldschmidt a. a. O. S. 107 ff. ausführt, ebensogut die Annahme rechtfertigen, daß auch beim Spezieskauf die Fehlerfreiheit stillschweigend zugesagt worden sei. Das lag aber nicht in der Absicht der römischen Juristen. Für die ausbedungenen Eigenschaften der Kaufsache haftete der Verkäufer ja bereits nach dem alten Zivilrecht und es wäre das Edikt, das sonder Rücksicht auf Verabredung von Eigenschaften die Haftung für Fehler einführte, vollkommen überflüssig gewesen, wenn die Fehlerfreiheit als zugesichert angesehen worden wäre. Beim Spezieskauf aber gilt unbestritten eine Fehlerlosigkeit nicht als stillschweigend ausbedungen! Selbst bei Richtigkeit der Annahme, daß beim Genuskauf die Fehlerlosigkeit der Kaufsache als stillschweigend ausbedungen anzusehen sei, könnte doch analog den Bestimmungen über den Spezieskauf nur das gefolgert werden, daß neben der Interesseklage oder neben der Klage auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache dem Käufer auch die ädilitischen Rechtsmittel zustehen müssen, denn auch beim Spezieskauf hat der Käufer auf Grund unwahrer dicta aut promissa neben der actio emti des alten Zivilrechts auch noch die ädilitischen Rechtsmittel.[9])

Die Frage nach der Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel wird vielmehr in anderer Folge gelöst. Wir können uns hier den Ausführungen Goldschmidts vollkommen anschließen, der die Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel darauf stützt, daß sich jeder Gattungskauf durch die Erfüllung in einen Spezieskauf auflöse.[10])

---

[8]) Windscheid § 394 Anm. 20.

[9]) Goldschmidt S. 111; Hanausek § 16 S. 114 ff.; Balke S. 15 ff.

[10]) Goldschmidt S. 112 ff.

Wenn auch eine Gattungssache beim Vertragsabschluß geschuldet werde und es deshalb ungewiß sei, welche Sache wirklich Leistungsobjekt werden solle, so werde doch diese Ungewißheit durch die Individualisierung bei der Lieferung gehoben. Denn eine Gattung könne ebensowenig verkauft als geleistet werden, vielmehr habe man es überall mit einer Spezies, zwar ungewiß welcher „in obligatione", aber einer bestimmten Spezies „in solutione" zu tun.

Der einzige Unterschied bezüglich der Geltendmachung der actio redhibitoria und der actio quanti minoris beim Genuskauf gegenüber derjenigen bei dem Spezieskauf ist nur der, daß der für die Gewährleistung maßgebende Zeitpunkt beim Genuskauf nicht das Moment des Vertragsschlusses, sondern derjenige Augenblick ist, in welchem nach den obigen Ausführungen die Spezialisierung des Genuskaufes vor sich geht, also das Moment der Lieferung.

Es ist mithin die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Genuskauf als prinzipiell statthaft anzusehen. Sie unterliegen denselben Voraussetzungen wie beim Spezieskauf und stellen sich in ihren Wirkungen bezüglich der actio redhibitoria als ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage dar. Dieser Standpunkt ist der herrschende geworden und ihm folgte nach Beseitigung der Bedenken, die nicht zum mindesten durch den Vortrag Goldschmidts gehoben wurden, auch die Praxis. Denn nachdem der zweite Senat des ehemaligen Reichsoberhandelsgerichts[11]) in dem Urteil vom 29. 11. 1871 entgegen dem Spruch des ersten Senates vom 8. 3. 1872 Bedenken gegen die Zulässigkeit der ädilitischen Klagen beim Gattungskauf aufgestellt hatte, wurde die Rechtsfrage dem Plenum unterbreitet und durch Plenarbeschluß vom 16. 6. 1873 im Sinn ihrer prinzipiellen Zulässigkeit entschieden. Es schloß sich hierbei das Plenum der Ansicht des ersten Senates an, der als Begründung die Individualisierung des Genuskaufes bei der Lieferung aufgestellt hatte.

Dieselben Gründe liegen auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Grunde, das an der Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Genuskauf festgehalten und sie ausdrücklich ausgesprochen hat.[12])

---

[11]) Entsch. d. ROHG. Bd. 5, 91 a. E.

[12]) Entsch. d. RG. Bd. 6, 53 und Bd. 12, 19.

§ 6.

Das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei laesio enormis.[1])

Sobald beim Kauf die Parteien sich über Preis und Ware geeinigt haben, gilt nach römischem wie nach gemeinem Recht derselbe als geschlossen. Im allgemeinen braucht der Preis dem Werte der Sache nicht angemessen zu sein, da man ja teuer und billig kaufen kann; für den Fall aber, daß weniger als die Hälfte des gemeinen Wertes der Sache gezahlt ist, sollte trotzdem der Verkäufer von dem gültigen Vertrag zurücktreten dürfen, was wir aus folgenden Bestimmungen entnehmen können:

In der l. 2 des C. de resc. vend. 4, 44 heißt es: Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Lupo.

Rem maioris pretii sit vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies; minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.[2])

Aber dem Käufer soll bis zur Rechtskraft des rescindierenden Erkenntnisses das Recht zustehen, durch Nachzahlen des fehlenden Betrages die Auflösung des Vertrages durch den Verkäufer abzuwenden.

Schon hier stoßen wir auf große Bedenken, ob wir es bei der laesio enormis mit einem Rücktrittsrecht zu tun haben. Die facultas alternativa, die sich darin kund gibt, daß der Käufer die Verurteilung zur Rückgewähr über sich ergehen lassen oder den Erfolg durch Nachzahlung des vollen Wertes der Kaufsache abwenden kann, spricht denn doch wesentlich gegen die allgemeine Natur des Rücktrittsrechts. Die Abhängigkeit der Aufhebungsbefugnis davon, daß der Käufer von seiner facultas alternativa zugunsten der Aufrechterhaltung des Vertrags keinen Gebrauch macht, ist unserem Begriffe vom Rücktrittsrecht als die einseitige Befugnis, den Vertrag ex tunc aufzulösen, doch zu fremd.

[1]) vgl. für das Folgende: Dernburg II § 102; Windscheid II § 396; Wächter § 207; Arndts § 207; Puchta § 364; Sandstein über laesio enormis; Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht.

[2]) vgl. auch l. 4; 8, 12 C. de resc. vend.; Windscheid, Pand. II S. 666 § 396; Dernburg, Pand. II S. 278 § 102; Sandstein, laesio enormis, Diss. Göttingen 1887.

Betrachten wir nun die Bestimmungen über die laesio enormis im einzelnen.

Die Vorschriften sollten ursprünglich nur für den Verkäufer gelten, nur ihn gegen die laesio enormis zu schützen, hielten die Kaiser für human; aus welchen Gründen das geschah, ist freilich nicht ersichtlich.

Dernburg[3]) meint, daß die Kaiser bei Erlaß dieser Verordnungen wohl an die sogenannten Notverkäufe gedacht haben mochten, welche gegen Schleuderpreise erfolgten. Hierfür spreche auch die Motivierung der Verordnung „humanum est". Ferner stimme dies mit der ganzen Wirtschaftspolitik Diokletians überein, welcher durch ein auf Inschriften erhaltenes Edikt das Maximum der Preise festzustellen suchte; seit dem Mittelalter aber habe man den Grund seines Gesetzes in dem Dolus des Käufers oder wenigstens Irrtum des Verkäufers gesetzt.

Man suchte obige Schutzbestimmung auch analog auf den Käufer auszudehnen. Aus mannigfachen Gründen geschah dies mit Unrecht.[4])

Einmal trafen die Kaiser diese Bestimmungen nur mit Rücksicht auf den Verkäufer. Die eigentliche Veranlassung lag in dem Bedürfnis, dem Verkäufer bei Käufen aus Not und Irrtum auf seiten des Verkäufers die Möglichkeit zu gewähren, die Rezission des Kaufes herbeizuführen. Dann aber waren diese Gesetze, wie aus der bereits zitierten l. 2 hervorgeht, sogenannte Notstandsgesetze, die durch die im römischen Reiche, namentlich in der Kaiserzeit, herrschenden sozialen Mißstände hervorgerufen waren. Gerade zur Zeit Diokletians begann sich der Grundbesitz anzuhäufen. Die Großgrundbesitzer allein hatten Macht und Mittel, Grund und Boden an sich zu reißen, und sie wußten sich die Not und Unkenntnis der ihres Grund und Bodens sich entledigenden Bauern zu nutze zu machen, indem sie Preise zahlten, die weit hinter der Wertung des Grund und Bodens zurückhielten und nichts weniger denn human waren. Deshalb und besonders in wirtschaftlichem Interesse glaubten die Kaiser diesen Mißständen Einhalt tun zu müssen, und sie ließen auch den Schutz des Verkäufers als

---

[3]) Dernburg, Pand. II § 102.

[4]) Puchta, Pand. II § 364; Windscheid, Pand. § 396 und Sandstein Kap. II; vgl. auch Wächter § 207.

vorteilhaft erscheinen. Der Käufer war ja genugsam durch die ädilitischen Rechtsmittel geschützt.[5])

Die gemeinrechtliche Praxis blieb nicht bei diesem strikten Anwendungsgebiet, denn sie dehnte das Recht des Verkäufers auch auf alle Käufe aus. Ja, die Praxis brach auch mit der einseitigen Betonung des Rücktrittsrechts wegen laesio enormis als Recht des Verkäufers, und gab dieselbe Befugnis auch dem Käufer, freilich ohne jede Begründung ihrer Maßnahmen mit den Quellenstellen.[6])

Auf nähere Erörterung über die laesio enormis ist hier nicht einzugehen, wir haben nur noch einmal die Frage zu prüfen, ob wir es hier mit einem gesetzlichen Rücktrittsrecht zu tun haben. Ich möchte mich hier der Ansicht von Windscheid,[7]) Baron[8]) und Hoffmann,[9]) die von der laesio enormis als einem Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts sprechen, nicht anschließen, teile aber auch nicht die Meinung Dernburgs,[10]) Wächters[11]) u. a. m., die hier von einer Anfechtung sprechen wollen.

Gegen die Annahme des gesetzlichen Rücktrittsrechts spricht — wie schon oben erwähnt — die mit der Natur des Rücktritts unvereinbare facultas alternativa des Käufers. Die rechtliche Natur der laesio enormis als Anfechtungsrecht entbehrt dagegen bei den genannten Schriftstellern gänzlich ihrer Begründung.

Auch bieten die Quellen keinen Ausgangspunkt zur Beurteilung der Frage.

Allein die rechtliche Behandlung der laesio enormis in der gemeinrechtlichen Praxis läßt deutlicher die Annahme einer Anfechtung Fuß fassen, da man die allgemeinen Grundsätze über Anfechtung der Verträge wegen Irrtums und Dolus auch auf diese eigenartige Auf-

---

[5]) Die in Theorie und Praxis jetzt herrschende Meinung ist die, daß das Rechtsmittel wegen laesio enormis jedem zusteht, der einen entgeltlichen Vertrag geschlossen hatte und durch denselben über die Hälfte verletzt worden sei (vgl. Wächter § 207; Arndts § 207).

[6]) RG. Bd. 10 S. 126.

[7]) Windscheid, Pand. II § 396.

[8]) Baron, Pand. S. 321.

[9]) Hoffmann, Diss. Greifswald, S. 15.

[10]) Dernburg II § 102.

[11]) Wächter Bd. 2 S. 473.

hebung des Kaufvertrages anwendete.[12]) Immerhin bleibt die Frage nach ihrer rechtlichen Natur offen.

§ 7.

Das Rücktrittsrecht beim Verkaufe wegen Verzugs.

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Schuldner verpflichtet, die gehörige Leistung auch zur richtigen Zeit zu prästieren. Jedes Schuldverhältnis ist nicht für die Ewigkeit geschaffen und insofern zeitlich begrenzt, als sich stets ein Zeitpunkt feststellen läßt, an welchem oder bis zu welchem der Schuldner kraft des vinculum obligationis leisten muß, der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt ist. Kommt der Schuldner dieser seiner Verpflichtung nicht nach, so befindet er sich im Verzug. Die Gegenpartei wird in ihrem Vertragsinteresse verletzt, und muß darum das Recht dem Gläubiger gegen den vertragsbrüchigen Schuldner zu Hilfe kommen, um einen möglichst vollkommenen Ausgleich seinen Schadens herbeizuführen. Ein Mittel hierzu liegt in dem einseitigen Rücktritt vom Vertrag.

Wir haben uns zu fragen, ob das römische Recht diese einseitige Rücktrittsbefugnis bei Verzug der Gegenseite kannte.

Auch hier stoßen wir wieder auf ein ganz bestrittenes Gebiet mit geteilten Meinungen über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rücktritts wegen mora debitoris. Zur näheren Beleuchtung der Fragen ist auf die Quellenstellen zurückzugehen.

Die Frage, ob es auch bei mora creditoris ein gesetzliches Rücktrittsrecht für den Schuldner gegeben habe, können wir von vornherein ausscheiden. Zwar wird von manchen, wie Zimmern,[1]) Mühlenbruch[2]) behauptet, daß bei mora accipiendi der Schuldner zurücktreten könne, indem er durch die mora Befreiung von der Schuld erlange; nur bei Geldschulden müsse der Schuldner die Summe hinterlegen. Wir müssen dem entgegenhalten — und dies ist auch die

---

[12]) Fiebach, Diss. Breslau 1904, a. a. O. S. 17.

[1]) Zimmern, Arch. ziv. Pr. III S. 121 ff.

[2]) Mühlenbruch, T. II S. 319 u. 374 Anm.; außerdem Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 S. 415; Dernburg Bd. 2 S. 121; Mommsen S. 285 f.; v. Madai S. 467 f.; Eiswaldt S. 11 ff.; Lehmann, Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen.

herrschende Meinung des gemeinen wie des römischen Rechts —, daß für das Rücktrittsrecht des Schuldners hier keine praktische Verwendung vorhanden ist. Es waren durch die Erfüllungssurrogate, wie die erwähnte Deposition, Selbsthilfeverkauf und Preisgebung, dem Schuldner ja genug Wege gegeben,[3]) seinen Vertragsverpflichtungen gerecht zu werden und sich der Schuld zu entledigen. Daß aber mit dem Selbsthilfeverkauf über dem Preisgeben der Kaufsache ein Rücktrittsrecht des Nichtsäumigen nicht gewährt wird, zeigt schon Windscheid,[4]) denn er sagt, daß bei der Entscheidung der Frage, „ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Ware weiter verkaufen dürfe", im Falle ihrer Bejahung nur der Schein eines Rücktrittsrechts vorhanden wäre, welches in Wirklichkeit gar nicht bestände.

Schwieriger ist die Frage nach dem Rücktrittsrecht bei mora debitoris.

Es steht wenigstens für das römische Recht der Grundsatz fest, daß der Gläubiger bei mora solvendi ein Rücktrittsrecht nicht gehabt hat. Der Gläubiger mochte auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung klagen, eine einseitige Durchbrechung des iuris vinculum war unstatthaft.[5])

Dennoch wird von einer Anzahl von Schriftstellern ein beschränktes Rücktrittsrecht dann anerkannt, wenn bei mora debitoris die Leistung dem Gläubiger nutzlos geworden ist.[6])

Wir haben die angezogenen Gesetzesstellen zu untersuchen. Regels-

---

[3]) l. 1 §§ 3, 4, l. 13, l. 15 pr. D. 18,6; Mommsen S. 309 ff.; v. Madai S. 47 Anm. 988.

[4]) Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. 2 § 280 S. 131 f. Anm. 1.

[5]) vgl. l. 8 C. de act. emti 4, 49; ferner Windscheid-Kipp II § 280 Anm. 1. Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen usw.

[6]) vgl. Glück, Komm. Bd. 4 S. 417; Wening-Ingenheim l. c. § 242 S. 105 § 254 S. 129; Sintenis l. c. Bd. 2 S. 183 Note 12; Regelsberger l. c. Bd. 50 Note 2 S. 29; Seuffert, Pand. Bd. 2 § 246 S. 39; Schweppe, Römisches Privatrecht Bd. 3 § 388; Baron § 241 S. 439; Jacobsohn, Rücktrittsrecht bei mora debitoris, Diss. Erlangen, S. 17 ff.; Windscheid II S. 134 Anm. 1; Regelsberger S. 28 ff.; Dernburg II S. 117; Eiswaldt S. 15 ff.; Rehbein, mora debitoris, Diss. Halle.

berger[7]) verweist in seiner Abhandlung über das Recht des Rücktritts vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung zur Begründung der Zulässigkeit desselben auf die D. 122 § 3 l. 135 § 2 de u. a. 45, 1 (Scaevola); l. 10, l. 12 C. de a. e. v. 4, 49.

Die Heranziehung der l. 122 § 3 D. 45, 1 sowie der l. 135 § 2 l. D. 45, 1 kann unterbleiben, da die erstere von der mora accipiendi handelt,[8]) bei der letzteren gar kein Vertrag mehr vorliegt, von welchem ein Rücktritt möglich wäre.[9])

Zu keinem besseren Resultate führen die weiter angegebenen l. 10 C. 4, 49, wo der nichtsäumige Kontrahent gegen den Säumigen entweder mit der actio emti sein Interesse einklagen oder aus fortbestehendem Vertrage ein Äquivalent verlangen kann und die l. 12 ebenda, die mit den Worten: quo non restito, quod non pretii quantitatis, sed quanti interest, emti competit actio nur zu deutlich ausdrückt, daß der Käufer bei Nichterfüllung des Vertrages durch den Verkäufer nur sein Interesse fordern kann.[10])

Das Hauptgewicht zur Aufrechterhaltung der Annahme eines gesetzlichen Rücktrittsrechts bei mora debitoris wird auf die, auch von Regelsberger[11]) zitierte l. 24 § 4 D. 19, 2 gelegt.[12])

Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui: nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque

---

[7]) Regelsberger S. 28ff.

[8]) vgl. Eiswaldt S. 15f.

[9]) Eiswaldt S. 17; Mommsen S. 86 und 257 Note 3; v. Madai S. 395.

[10]) Allerdings behauptet Windscheid II § 393 Anm. 9, daß auch mit der actio emti der Käufer Auflösung des Vertrages verlangen konnte, er mußte dann aber den Beweis erbringen, daß hierauf sein Interesse gehe. Aber auch hier ist die actio emti Erfüllungsklage, da sie ja auf die Leistung des Interesses ging und die Rückgabe der Kaufsache als Inhalt des Interesses angesehen wurde. Die actio emti ist somit Erfüllungsklage, wenn auch der Effekt die Vertragsauflösung ist; vgl. Eiswaldt S. 14 unten.

[11]) Regelsberger S. 29; vgl. auch Kniep II S. 366.

[12]) vgl. Eiswaldt S. 17ff. und Jacobsohn S. 25ff.; Mommsen S. 257 Anm. 3; v. Madai S. 392f.

ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annus compendii facturus erat, consequetur. Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest; quod si paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colonus in integro sunt! nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuit.[13])

Der Pächter, dem das gepachtete Grundstück vom Verpächter nicht eingeräumt wird, soll berechtigt sein, das später erfolgende Angebot der Einräumung durch den Verpächter „zurückzuweisen" und sofort gegen denselben sein Interesse wegen des ganzen fünfjährigen Zeitraums einzuklagen, es sei denn, daß die mora nur kurz war und die Lage des Pächters noch nicht verschlechtert ist. Desgleichen soll der von dem Verpächter vertriebene Pächter den Pachtschilling verweigern und sein ganzes Interesse einklagen dürfen.

Es erhellt aber gleich, daß auch hier von einem Rücktrittsrecht nicht gesprochen werden kann. Lediglich die Tatsache, daß der Pächter nur auf Ersatz seines Interesses klagen kann, läßt deutlich das Fortbestehen des Vertrages, auf Grund dessen geklagt wird, erkennen, die Annahme eines Rücktrittsrechts aber gänzlich ausschließen. Der Pächter hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie ihm infolge des Verzugs nutzlos geworden ist. Auf diese Zurückweisungsbefugnis haben denn auch die Verfechter der Zulässigkeit des Rücktritts bei Verzug der Gegenseite Stein auf Stein zur Begründung ihrer unhaltbaren Meinung gebaut.

Daß wir es in diesem Fall auch nur mit einer Zurückweisungsbefugnis zu tun haben, bemerkt Windscheid.[14]) . . .

Der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn ihm das zu Leistende zu dem Zwecke, zu welchem er es sich hat versprechen lassen, unbrauchbar geworden ist, wohin im besonderen auch der Fall gehört, wo er für das Bedürfnis, welches durch die Leistung befriedigt werden sollte, anderweitige Fürsorge getroffen hat. Es kann von dem Gläubiger nicht verlangt werden, daß er einen Nachteil, welchen er abwenden konnte (durch Nichtannahme der geschuldeten Leistung oder durch anderweitige Fürsorge für sein Bedürfnis) erleide, um hinterher Ersatz einzutreiben.

[13]) Baron, Pand. §§ 240 f. nennt dies direkt ein gesetzliches Rücktrittsrecht.
[14]) Windscheid II § 280 Note 1.

Zu dem gleichen Resultat kommt auch z. B. Mommsen,[15]) der überhaupt die Frage der mora hier um dessentwillen ausgeschieden haben will, weil in der Versäumung der durch die Obligation festgesetzten Zeit eine Nichterfüllung der Obligation zu erblicken sei und eine später zu beschaffende Leistung nach dem Inhalt der Obligation nicht als Erfüllung gelten könne.

Einer eingehenden Erörterung unterzieht auch v. Madai die Frage nach der Zulässigkeit des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei der mora, indem er von der vermeintlichen Wirkung der mora spricht.[16]) A. a. unterzieht er die von Glück[17]) zum Beweise des Vorhandenseins einer Rücktrittsrechtsbefugnis angeführten Stellen, die l. 56 D. de contrah. emtione 18, 1 sowie die l. 6 D. de lege commissoria 18, 3 und l. 6 C. de pactis inter e. et v. 4, 54, einer eingehenden Kritik. Die l. 56 D. ist demnach gänzlich auszuscheiden, da sie von der mora überhaupt nichts erwähnt, mithin wohl nur aus Versehen herangezogen worden ist.

Was die l. 6 pr. D. 18, 3 und die l. 6 C. 4, 54 anbelangt, so entbehren dieselben aber nach der Ansicht v. Madais der Beweiskraft. Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß dieselben von einem Recht des Kontrahenten, vom Vertrage abzugehen, sprechen bei Säumnis des anderen Teiles. Allein diese Rücktrittsbefugnis ist nicht eine kraft Gesetzes zustehende, sondern ist von den Parteien besonders vereinbart. Dies besagen ausdrücklich die Worte: quando non impleta promissi fide domini tui ius in suam causam reverti conveniat; auch schon der Titel der lex weist auf besondere Nebenverträge beim Kauf.

Schließlich ist auch die von Thibaut[18]) angeführte l. 135 § 2 D. de v. o. 45, 1 in Betracht zu ziehen, die aber ebensowenig ein günstiges Resultat hat. Wir haben es ja mit einem Vertrag zu tun, der deficiente conditione unwirksam wird, ohne daß von einer Aufhebung desselben durch einseitige Rücktrittserklärung auf Grund der mora gesprochen werden könnte. Wir kommen auf Grund der Auslegung der angeführten Gesetzesstellen zu folgendem Resultat:

---

[15]) Mommsen III S. 257 Anm. 3.
[16]) v. Madai S. 393ff.; vgl. auch Jacobsohn S. 17 ff.
[17]) Glück a. a. O. Teil 4 S. 417.
[18]) Thibaut a. a. O. I S. 83; vgl. auch Eiswaldt § 4 a. E.

Grundsätzlich hat das römische Recht ein Rücktrittsrecht wegen mora solvendi nicht ausgebildet. Lediglich auf Grund des Bestrebens, an dem einmal geschlossenen Vertrage festzuhalten, gab es höchstens eine Zurückweisungsbefugnis, die jedoch nicht im entferntesten dem Charakter einer einseitigen Rücktrittserklärung gleichkommt.[19]) Es rechtfertigt sich aus den genannten Quellenstellen aus nichts die Annahme eines Rücktrittsrechts bei Verzug kraft Gesetzes. Es ist vielmehr höchstens die auf ausdrückliche Parteiabrede hin in einen Nebenvertrag aufgenommene lex commissoria[20]) oder der der gänzlichen Aufhebung des Vertrages ähnelnde Schadensersatz, die zur irrigen Annahme führten; eine Tatsache, die bei der sonst glänzenden Ausbildung des römischen Obligationenrechts einigermaßen befremden muß.[21])

§ 8.

Fortsetzung.

Wir haben unter Heranziehung der Gesetzesstellen dargetan, daß das römische Recht bei Verzug der einen Partei der in ihren Interessen verletzten Gegenpartei ein Rücktrittsrecht, sofern es nicht ausdrücklich bedungen wurde, nicht eingeräumt hat.

Diesen schroffen Standpunkt eiserner Festhaltung am einmal geschlossenen Vertrage galt es in der Ausbildung des römischen Rechts im Systeme des gemeinen Rechts zu überwinden. Gebieterisch verlangte die mächtig fortschreitende Entwicklung des Rechtslebens, daß dem praktischen Bedürfnis steigende Rechnung getragen würde. So hat denn die Rechtssprechung der oberen Gerichte gerade im gemeinem Recht unserem Rücktrittsrecht weitere Bahnen geöffnet. Wie die ädilitischen Rechtsmittel, die laesio enormis, vollere Ausgestaltung erhielten, so wurde auch — entgegen der engherzigen römischen Rechtsanschauung vom Vertragssystem — das Rücktrittsrecht beim Verzug ausgebildet.

---

[19]) Eiswaldt S. 15 f.; so auch Dernburg II § 41 a.

[20]) Dies lag ja auch in dem Prinzipe der Römer, die Verträge möglichst aufrechtzuerhalten.

[21]) Auch das RG. spricht häufig vom Rücktrittsrecht da, wo nur eine Zurückweisungsbefugnis der verspäteten Leistung seitens des Nichtsäumigen bei mangelndem Interesse an der verspäteten Leistung zugestanden wird. Das RG. hat aber selbst diese Sprachweise gerügt (vgl. RG. Bd. 10 S. 180).

Es sollen von den zahlreichen Erkenntnissen der obersten Gerichtshöfe nur einige herausgegriffen werden, die uns den Fortschritt der gemeinrechtlichen Praxis erkennen lassen.[1])

So hat z. B. das Appellationsgericht zu Wolfenbüttel am 2. 10. 1877[2]) folgendes Erkenntnis erlassen.

Kraft eines im August 1872 geschlossenen Kaufvertrages sollten die bar zu zahlenden Kaufgelder teils im November 1872 gegen Besitzübertragung, teils im Mai 1873 gegen gerichtliche Verlassung des verkauften Grundstücks gezahlt werden. Beides unterblieb, da der Käufer zu der genannten Zeit nicht zahlen konnte. Der Verkäufer blieb im Besitze des Grundstücks, setzte die darin bisher von ihm betriebene Wirtschaft, welche er zu verlegen beabsichtigt hatte, fort, und nahm schließlich, nachdem die Verhandlungen über die Aufhebung des Vertrages geführt und der Käufer angeblich nochmals zur Erfüllung aufgefordert war, einen bedeutenden Umbau vor. Als schließlich der Käufer 1878 Geld hatte, klagte er auf Erfüllung. Die Klage wurde in zwei Instanzen unter der Voraussetzung, daß der Beklagte den Beweis jener letzten Aufforderung führen würde, zurückgewiesen und letztere Entscheidung in der Revisionsinstanz bestätigt.

In den ausführlichen Motiven wurde auf Grund von: fr. 24 § 4 locati 19, 2: fr. 135 § 2 de v. o. vend. 45, 1 und const. 6 de pact. emt. vend. 4. 54 sowie gestützt auf die Autorität von Seuffert, Pand. § 246 Nr. 24; Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 280 Note 1; Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht Bd. 3 S. 258 Note 5 der Grundsatz aufgestellt „daß wegen erheblicher Versäumnis der Erfüllung dem auf die Leistung Berechtigten die Befugnis, vom Vertrage zurückzutreten, zustehe, wenn und insofern nach der Natur der Verhältnisse des konkreten Falles anzunehmen sei, daß das Interesse des nichtsäumigen Kontrahenten die Aufhebung des Kontraktes erfordert habe.

Es könnte noch auf ein Urteil des Oberlandesgerichts zu Cassel v. 9. 4. 1891[3]) hingewiesen werden, daß ohne jede Begründung bestimmt, daß bei zweiseitigen Verträgen die Säumnis ein Recht zum

[1]) vgl. zu dem Folgenden: vor allem die Entscheidungen in Seufferts Archiv (Eiswaldt § 13 S. 26 f.).

[2]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 33 Nr. 294 S. 404.

[3]) vgl. Seufferts Archiv Bd. 47 (n. F. Bd. 17) Nr. 101.

Rücktritt vom Vertrage nur dann begründe, wenn der nichtsäumige Teil im konkreten Fall Anlaß hatte, „auf andere Weise für das Bedürfnis Sorge zu tragen", eine gleichzeitige klageweise Durchführung seiner Ansprüche ihm nichts mehr nutzen konnte.[4])

Schließlich sei noch auf eine Entscheidung des Reichsgerichts,[5]) die besonders wichtig für die Ausgestaltung des Rücktrittsrechts bei Verzug geworden ist, hingewiesen.

„Wenn durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners der angestrebte Vertragszweck vereitelt ist und demnach die Leistung für den Gläubiger das Interesse verloren hat, so soll der nichtsäumige Teil zurücktreten dürfen. Daneben bestehen sogar noch Schadensersatzansprüche des wortbrüchigen Teils für den dem Mitkontrahenten durch seine Schuld verursachten Schaden."

So hat also das gemeine Recht auf Grundlage der Interessenfrage allmählich in der richterlichen Praxis ein Rücktrittsrecht bei Schuldnervertrag herausgebildet. Freilich kam auch diese Anerkennung nicht über Nacht als wohlausgebildetes System ins Land, nein, dazu fehlte es hier wie dort an einer umfassenden Gewalt gesetzgeberischer Faktoren. Das als einheitliches Ganzes auf unseren deutschen Boden gelangende Gesetzgebungswerk Justinians flößte auch zuviel Ehrfurcht als ratio scripta ein, als daß es nun im Sinne deutscher Rechtsanschauung ohne weiteres hätte umgewandelt werden können.

Schritt für Schritt und unter möglichster Sanktion des Althergebrachten, auf eine dem Verkehrsbedürfnis mehr und mehr entgegenkommende Rechtssprechung fußend, erst vollzog sich die Durchsetzung des alten römischen Rechts mit unseren deutschen Rechtsbegriffen, um dann auch entgegen dem Althergebrachten, Starren und Unvollkommenen ein neues vollendetes Gebilde der Welt zu überreichen.

Diese stufenweise Entwicklung läßt sich deutlich erklären. Das römische Recht kannte kein Recht der nichtsäumigen Partei infolge Schuldverzugs. Wenn auch dieses Recht in der Literatur häufig die Bezeichnung „Rücktrittsrecht" trägt, so haben wir es doch höchstens mit einer Zurückweisungsbefugnis zu tun, die dem Nichtsäumigen bei

---

[4]) Andere Entscheidungen s. z. B. Seuffert 23 Nr. 124; 9, 139; 24, 28 und 29 u. a. m.

[5]) Gruchot Bd. 39 S. 450 ff.

Interesselosigkeit an der verspäteten Lieferung seitens des moroſen Schuldners zugestanden wird. Auch das Reichsgericht hat irrtümlich von Rücktrittsrecht häufig da gesprochen, wo es sich nur um Interesseforderungen bei bestehendem Vertrage handelte.[6])

Erst die Überzeugung von den großen Schwierigkeiten, die eine zu strikte Auslegung des Gesetzes herbeiführte, und die offen zutage tretende Beeinträchtigung der Beweglichkeit des Verkehrslebens ließen dem Rechtsgefühl hier einen Einhalt gebieten und in fortbildender Rechtsprechung dem Postulat der Billigkeit und Gerechtigkeit zum Siege verhelfen.

Anhang.

§ 9.

Die Fortbildung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf bis zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Bevor wir uns der Darstellung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kaufe im Bürgerlichen Gesetzbuche zuwenden, sei noch in kurzem ein Blick auf seine Entwicklung in den großen Gesetzgebungswerken des 18. und 19. Jahrhunderts geworfen, von welchem uns das allgem. Landrecht, das alte Handelsgesetzbuch und die Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs in erster Linie zu beschäftigen haben.

Das preuß. allgem. Landrecht:

Das preuß. allgem. Landrecht hatte in seinem Entwurf ein weitgehendes Rücktrittsrecht vorgesehen, dieses aber entgegen den glänzenden Ausführungen von Suarez (revisio monitorum) im Prinzipe fallen lassen.[1])

Es brach das allgem. Landrecht mit den überkommenen Grundsätzen des römischen und gemeinen Rechts noch nicht und bestimmte im § 393 I, 51 LR.,[2]) daß verweigerte oder nicht gehörige Erfüllung ein Abgehen vom Vertrag in der Regel nicht gestatte.

Die Mittel zur Geltendmachung geschädigter Interessen waren nach § 394 ebenda nur Erfüllungs- oder Schadenersatzansprüche. Es fehlte auch noch gänzlich an einem einheitlichen Prinzip bezüglich

[6]) vgl. z. B. RG. IV S. 184.

[1]) vgl. Türke § 6 S. 17.

[2]) vgl. Türke S. 16 f.; Fiebach S. 21.

des Rücktrittsrechts, wenn auch das Gesetzbuch diesen Begriff im engsten Zusammenhang mit anderen Aufhebungsbefugnissen nennt. Wenn nun aber auch ein allgemeines Prinzip über den Rücktritt nicht aufgestellt wird, so hat andererseits das Gesetzbuch den Grundsatz der Nichtgewährung doch nicht einheitlich durchgeführt. So wurde in Teil 1 Titel 5 § 396 ff. demjenigen, der seine Leistung wegen nicht erfolgter Gegenleistung weigerte, die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz gelassen, sobald die Rechtmäßigkeit der Weigerung gerichtlich festgestellt war. Dem anderen Teile dagegen wurde das Rücktrittsrecht gewährt, sobald die Weigerung unbegründet erfolgte.[3]) Ferner gab das preuß. Landrecht dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht, wenn eine bewegliche Sache unter 150 Mk. verkauft und die Abholungsfrist verstrichen war, ferner, wenn der Käufer beweglicher oder unbeweglicher Sachen die Zahlung des Kaufgeldes, welches er bei der Übergabe bar zu leisten versprochen hatte, nicht leistete. Schließlich kennt das allgem. Landrecht noch einen weiteren Fall von Rücktritt, jedoch nur auf seiten des Käufers bei Säumnis des Verkäufers: Hat der Verkäufer ein bestimmtes Maß oder Gewicht oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren, sich ausdrücklich verpflichtet, und fehlt es daran bei der Übergabe, so ist der Käufer die Sache abzunehmen nicht schuldig § 207. Hier ist also der Käufer nicht säumig bezüglich der ganzen Leistung, wohl aber hinsichtlich eines Teils. Der Käufer kann zurücktreten, jedoch dann nicht mehr, wenn er die Sache einmal in seine Verwahrung genommen hat (§ 210).

Fehlt es auch hier in dieser großen Gesetzgebung an einer Ausbildung des Rücktrittsrechts, so ist doch aus den zahlreich auftretenden Durchbrechungen des Prinzips das immer mehr sich geltend machende Bedürfnis nach diesem einseitigen Aufhebungsakte der Verträge zu schließen, das in richtiger Erkenntnis ihrer praktischen Bedeutung den Boden der gesetzlichen Schranke einfach überschritt und in den Ausnahmebestimmungen das noch schlummernde neue Prinzip entdecken ließ.

Der Code civil.

Einen andern Standpunkt als das allgem. Landrecht. nimmt die französische Jurisprudenz ein. Im art. 8 art. 1184 des Code civil, finden wir folgende Bestimmung.

---

[3]) Mot. Bd. 2 S. 110; Hoffmann § 6 und Eiswaldt § 16.

La condition résolutaire est toujours soustendue dans les contracts synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans le cas, le contract n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix où de forcer l'autre à l'éxécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages es intérêts.

Hiernach ist jeder synallagmatische Vertrag — als unter einer auflösenden Bedingung — geschlossen anzusehen. Unter auflösender Bedingung deshalb, weil bei der Nichterfüllung des einen Kontrahenten der andere entweder Erfüllung zu verlangen oder zurückzutreten und Schadenersatz zu fordern berechtigt sein soll. Der Rücktritt steht dem Nichtsäumigen zu, einerlei ob den Vertragsgegner für die Nichterfüllung ein Verschulden trifft oder nicht.

Was aber dieser Rücktrittsbefugnis den Charakter eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes vollkommen raubt, wird durch den Abs. 2 des Art. 1184 klar, welcher lautet:

la résolution doit être demandés en justice et il peut être accordée au défendeur un delais selon les circonstances.

Hiernach soll also der Nichtsäumige nur das Recht haben, die Auflösung des Vertrages zu verlangen, die nicht durch die Erklärung selbst, sondern kraft richterlichen Spruches sich vollzieht.

Aber auch in der Gewährung einer Nachfrist für nachträgliche Erfüllung zugunsten des Säumigen und in der darin enthaltenen Idee des Stehenbleibens beim Vertrage, sowie in der Berechtigung, Schadenserſatz trotz Vertragsauflösung zu fordern, liegt doch eine derart eigenartige Ausbildung, daß wir nicht einmal verwandte Gebilde in der bisherigen und zukünftigen Darstellung gefunden haben bezw. finden werden.

Das alte Handelsgesetzbuch.

Den bedeutsamsten Schritt zur Fortentwicklung, die Emanzipation vom starren Festhalten am Vertrage bedeutete das alte Handelsgesetzbuch.

Vor allem erforderte der Handel pünktliche und prompte Erfüllung. Hier mußte, was unzulänglich, was der gedeihlichen Entwicklung des Verkehrs widerstrebte, hinweggeräumt werden, und so ist es begreiflich, daß wir gerade hier im Verkehr der Kaufleute untereinander und mit

Nichtkaufleuten zuerst die bahnbrechenden Neuerungen — wie auf allen Gebieten — so auch in unserer Frage treffen.[4]) Klar und deutlich sprechen hier die Art. 354 und 355 aus, daß bei Verzug ein Rücktrittsrecht gewährt werde; dem Käufer bei schuldhafter Unterlassung der Lieferung durch den Verkäufer; dem Verkäufer, wenn der Gegner mit der Zahlung des Kaufpreises schuldhaft in Verzug ist.

Hier war wenigstens in der Bezeichnung „abgehen vom Vertrage, als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre," der Begriff des Rücktritts festgelegt. Galt er auch nicht allgemein für alle Vertragsverhältnisse, so spricht doch die Zulassung für das wichtigste Verkehrsgeschäft, den Kauf, daß damit ein Grundstein für die Ausbildung in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch gelegt wurde.

Zu einer einheitlichen Regelung hatte es auch der erste Entwurf noch nicht gebracht, der den Rücktritt noch immer als einen Ausnahmefall betrachtet wissen wollte, und nur auf Grund der Interessenfrage des Gläubigers in den Ausnahmefällen der §§ 361, 369 I Satz 1 und 2; § 369 I Satz 2 und 369 II ein gesetzliches Rücktrittsrecht statuierte. Das Prinzip ist deutlich im § 360 wiedergegeben: „Erfüllt der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeiten nicht, so ist der andere nicht berechtigt, einseitig vom Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vertrag ein anderes bestimmt ist."

Sehen wir nun, wie das Bürgerliche Gesetzbuch den Rücktritt beim Kauf geregelt hat.

---

[4]) Freilich stand auch noch der Entwurf zum allgem. HGB. auf französischem Boden, wenn er im Art. 250 bezüglich des Rücktrittsrechts sagt, daß im Falle des Verzugs die nichtsäumige Partei das Recht habe, entweder auf Erfüllung des Vertrags und Entschädigung wegen verspäteter Erfüllung zu dringen oder gerichtlich Aufhebung des Vertrages nebst Schadenersatz zu verlangen. Auch will der Art. 251 den Rücktritt als auflösende Bedingung aufgefaßt wissen. Die großen Bedenken, welche der Kommission sich entgegenstellten, veranlaßten dieselbe, diese Artikel fallen zu lassen; vgl. Fiebach S. 26; Littmann S. 10ff.

Hauptteil II.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erstes Kapitel.

§ 10.

Begriff und Wesen des Rücktrittsrechts überhaupt und seine Abgrenzung von verwandten Begriffen.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch hat aus den großen Kodifikationen des 18. und 19 Jahrhunderts gute Lehre gezogen und sich die Erfahrung der Wissenschaft wie Praxis bezüglich der Gestaltung der Rechtsinstitute zunutze gemacht. Was an Unklarheit und mangelhafter Abgrenzung des Begriffes litt, das wurde fallen gelassen bezw. im Sinne der Zweckmäßigkeit umgebildet und neu geschaffen.

Was unsere Frage anbelangt, so brach das Bürgerliche Gesetzbuch kurzerhand mit den bisherigen Streitigkeiten und Unklarheiten, wie sie in Wissenschaft und Praxis zutage getreten waren. Die richtige Erkenntnis von der Notwendigkeit gerade bei der Neugestaltung des Rücktrittsrechts, diesen Begriff einer einheitlichen scharf umgrenzten Regelung zu unterziehen, hat darum den Gesetzgeber veranlaßt, unter den den Namen Rücktritt tragenden Aufhebungsbefugnissen zu sichten, so daß jetzt im andern Sinne von Kündigung und Widerruf usw., in anderem vom Rücktrittsrecht gesprochen werden muß. Eine scharfe Scheidung ist aber auch darum geboten, weil die Wesensverwandtschaft dieser einzelnen Befugnisse zu leicht sich unter dem weiteren Begriffe des Zurückgehens vom Vertrage subsumieren lassen und auch die neuere

Literatur mit der Nachwirkung gemeinrechtlicher Begriffsgestaltungen zu kämpfen hat, indem sie, wie z. B. Oertmann[1]) in enger Anlehnung an die Motive und Protokolle,[2]) Kündigung und Widerruf noch mit dem gemeinsamen Namen „Rücktritt" deuten. Daß aber der Gesetzgeber die Institute streng auseinander gehalten wissen will, dafür spricht einmal die Ausdrucksweise, dann aber auch die nicht zu verkennende Absicht des Gesetzgebers, den Begriff Rücktritt nur in der vom Gesetze normierten Weise, nur in dem ihm zugedachten Anwendungsgebiet gelten zu lassen.

Wir haben nun im folgenden den Begriff des Rücktrittsrechts und seine Trennung von dem ihm verwandten Aufhebungsakten festzulegen, um sodann nach Betrachtung seines Wesens und seiner Wirkungen auf die spezielle Bedeutung desselben beim Kauf zu gelangen.

Über das Rücktrittsrecht handelt das BGB. im 5. Titel des 2. Buches in den §§ 346—357. Die Vorschriften berühren nur das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, kraft ausdrücklicher Bestimmung[3]) sollen genannte Paragraphen außer § 357 auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung finden.

Das Rücktrittsrecht ist das Recht einer Partei, das Schuldverhältnis aufzuheben (und zwar ex tunc) in der Weise, daß ein neues Schuldverhältnis auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen entsteht. Der Rücktritt ist Ausübung des Rücktrittsrechts.

Eine Definition hat das Gesetz nicht gegeben. Die große Meinungsverschiedenheit, welche bezüglich der Gestaltung der Auflösung entstanden war, veranlaßte den Gesetzgeber, den Begriff im Gesetze selbst nicht wiederzugeben.[4]) Es muß der Begriff also aus der Art der Geltendmachung und den Wirkungen gefolgert werden. Wir haben es hiernach mit einem relativ-subjektiven Recht[5]) zu tun, das ohne an die Person des Ausübenden gebunden zu sein, in seiner Tendenz in der in integrum

---

[1]) Oertmann S. 88; Endemann Bd. 1 S. 658.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 315, 375, 389 ff., 417 ff., 452 f., 468 ff.; Prot. Bd. 2 S. 47, 228, 275 und 301 f.

[3]) § 327 BGB.

[4]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines BGB. (Prot. II Bd. 6 S. 158; vgl. überdies Prot. I 125. Sitzung S. 1138).

[5]) Zitelmann Bd. 1 S. 23 Zusatz 3; Crome Bd. 1 S. 176; a. M. Kisch S. 136.

restitutio der Parteien gipfelt. Es ist ein Recht, ein reines Recht rechtlichen Könnens, kein Anspruch im Sinne des § 194 BGB., sondern nur eine Befugnis, eine facultas.[6]) Das unterscheidet es auch wesentlich von der Wandlung, die das Bürgerliche Gesetzbuch als einen Anspruch konstruiert hat, der als solcher der Verjährung unterliegt (§ 474 BGB.).[7])

Die Konstruktion dieses Rechts als Befugnis, facultas, schließt auch die Geltendmachung von Nebenrechten neben dem Rücktrittsrecht aus. Daher ist die Sicherstellung des Rücktrittsrechts durch Bürgschaft oder Pfandbestellung gänzlich unzulässig.[8])

Wir sagten, das Rücktrittsrecht solle die Wirkungen des Vertrages derart tilgen, daß ein Zustand geschaffen würde, der bestünde, wie wenn der Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen wäre. Es setzt also der Rücktritt einen gültig zustande gekommenen Vertrag voraus. Hier zeigt sich bereits der Gegensatz zu der Anfechtung.

Sie bewirkt, daß die Rechtswirkungen sowohl für die Zukunft, wie für die Vergangenheit beseitigt werden, wirkt also, da sie die Folgen des Vertrages mit rückwirkender Kraft ipso iure aufhebt, dinglich, während der Rücktritt bloß obligatorisch wirkt, d. h. unter den Parteien eine Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen erzeugt.[9]) Auch ist die Voraussetzung für die Anfechtbarkeit eine andere als für die Ausübung des Rücktrittsrechts. Die Anfechtung baut auf einem Rechtsgeschäfte, das bereits bei seiner Begründung einen Rechtsmangel in sich trägt. Es liegt ein gesetzlich bestimmter Anfechtungsgrund wie z. B. Täuschung oder Drohung vor, der die Wirksamkeit des Vertrages in Frage stellen kann. Demgegenüber setzt der Rücktritt ein vollkommen gültiges Geschäft voraus und ist begrifflich nur bei dem Vertrage möglich, während die Anfechtung als Geschäft allgemeiner Natur auch sehr wohl bei einseitigen Rechtsgeschäften statthaft ist. Die Ausübung indessen ist bei der Anfechtung und dem Rück-

---

[6]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1899 S. 88 Vorbem. 3 zu § 346.

[7]) Der Entw. 1 § 432 bestimmte für den Rücktritt eine gesetzliche Frist.

[8]) vgl. Kisch § 14 S. 134 ff.

[9]) Es ist ein Irrtum, wenn Littmann S. 20 f. annimmt, daß die Wirkungen der Anfechtung dieselben sind wie die des Rücktritts; die diesbezügliche Verweisung auf Cosack Bd. 1 S. 152 f. ist nicht richtig, da Cosack ja selbst von „dinglicher Wirkung" der Anfechtung spricht.

trittsrecht die gleiche — also einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.[10])

Eine dem Rücktritt sehr ähnelnde Handlung tritt uns in der Kündigung entgegen. Schon der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch nannte sie wiederholt „Rücktritt für die Zukunft".[10])

Damit ist aber auch der Begriff für die Kündigung gegeben. Sie will das Vertragsverhältnis für die Zukunft tilgen, seine Wirkung für die Vergangenheit läßt sie vollständig unberührt. (Vgl. §§ 542 ff. 549 ff., 553 usw.; vgl. auch RG. Bd. 52 S. 11.)

Auch treten uns die Schuldverhältnisse, bei denen das Gesetz die Kündigung zuläßt, wie z. B. Miete, Pacht, Dienstvertrag u. a. m. als meistens auf Dauer geschlossene Verträge entgegen, bei welchen, den gesetzlichen Grund vorausgesetzt, eine Auflösung für die Zukunft begrifflich als geboten erscheint. Hierin liegt ein großer Gegensatz zum Rücktritt, der ja das Rechtsgeschäft mit der Wirkung ex tunc beseitigt wissen will.[11]) Ferner hat nach § 325 BGB. der Gläubiger das Recht zum Rücktritt nur, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht, während das ihm nach § 542 BGB. verliehene Kündigungsrecht der Mieter auch dann hat, wenn der Vermieter aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachkommen kann.

---

[10]) vgl. § 130 BGB.; Matthiaß I S. 232 f.

[10a]) Entw. 1 § 529 über die Unterschiede Cosack I S. 365; Titze S. 286; Matthiaß I S. 387; Fiebach S. 33 ff. und Littmann S. 16; Windscheid II S. 499.

[11]) vgl. auch A. Tietze S. 286: Der wesentliche Unterschied zwischen Kündigungs- und Rücktrittsrecht besteht darin, daß der Rücktritt das Vertragsverhältnis nach rückwärts zur Auflösung bringt, die Parteien also gewissermaßen in integrum restituiert, während die Kündigung nur dasselbe für die Zukunft auflöst, seinen bisherigen Bestand also in aller Regel unangetastet läßt, das hat die praktische Konsequenz, daß der Gläubiger, der auf Grund des § 325 zurücktritt, niemals neben dem Rücktritt einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann aus dem durch den Rücktritt erloschenen Kontrakt; daß hingegen der Mieter, der wegen einer vom Vermieter zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung das Mietverhältnis kündigt, sehr wohl imstande ist, den ihm aus der Kündigung erwachsenen Schaden mit der Klage aus dem Mietvertrag von dem Schuldner Ersatz zu verlangen; s. auch Cosack Bd. 1 S. 371.

Außerdem wäre zu erwähnen, daß mit der Kündigung ein Anspruch auf Schadensersatz verbunden werden kann, weil der Bestand des Vertrags — soweit er die Vergangenheit berührt — von der Kündigung ja nicht betroffen wird. Demgegenüber schließt der Rücktritt jede Verbindung mit Schadensersatzansprüchen aus, da er ja den vertraglichen Boden vollständig entreißen will. Vgl. auch unten sowie das Folgende.

Auf die Wiederaufhebung eines Rechtsgeschäftes unter Beseitigung der aus demselben entspringenden Folgen ist auch der Widerruf gerichtet.[12])

Die große Anzahl der widerruflichen Rechtsgeschäfte und die Verschiedenheit des Widerrufs bei ihnen rechtfertigen den Schluß, daß der Widerruf eine der häufigsten Erscheinungen unter den einseitigen Aufhebungsbefugnissen ist. Er kommt sowohl bei den einseitigen wie auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften vor (vgl. §§ 81, 109, 610, 658, 671, 2253, 2270 BGB.), während das Rücktrittsrecht — wie bereits erwähnt — eine Haupterscheinungsform der zweiseitigen Willenserklärungen ist. Beim Widerruf besitzt ferner — da ja ein die Parteien bindendes vinculum obligationis noch nicht vorhanden ist — der Widerrufende noch eine gewisse Verfügungsmacht über die von ihm abgegebene Willenserklärung, derzufolge eine Zurücknahme derselben als statthaft erscheint.

Anders beim Rücktritt, bei welchem wir es mit einem fertigen Rechtsverhältnis zu tun haben, kraft obligatorischer Bindung der Parteien.

Schließlich hat ein den Widerruf zulässig erklärendes Rechtsgeschäft nur die Folge, daß mit erklärtem Widerruf die rechtliche Gebundenheit der widerrufenden Partei endet und das etwa Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden kann, da das Rechtsgeschäft durch den Widerruf seiner causa verlustig geworden ist (§§ 812 ff.).[13]) Dieses trifft z. B. bei der Schenkung zu, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen

---

[12]) Motive Bd. 2 S. 314; Kisch S. 137; Fiebach S. 37 f.; Kaufmann II S. 199.

[13]) Planck a. a. O. II S. 128 Anm. 5; Kaufmann II S. 199 I S. 39.

Angehörigen desselben eines groben Undanks schuldig macht und der Schenker nun die Schenkung widerruft.

Dem gegenüber erfolgt nach erklärtem Rücktritt die Rückgewähr nach den festen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB. [14])

Es ist schließlich noch auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Vergleiche zum Rücktrittsrecht zurückzukommen, die ja eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen, aber doch scharf zu sondern sind. [15])

Es war im gemeinen Recht sehr wohl möglich, des Gegners Leistung zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, soweit es für das Interesse des Gläubigers notwendig erschien. Auch begegnet man zahlreichen gemeinrechtlichen Entscheidungen, die gleichzeitig Rücktritt und Schadensersatz gewähren.

Anders das Bürgerliche Gesetzbuch. Hier ist es zweifellos, daß Rücktritt und Entschädigung sich gegenseitig ausschließen, was das Gesetz ausdrücklich mit den Worten kundgibt: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" oder „Vom Vertrag zurücktreten". Desgleichen sagen die Motive, [16]) Rücktritt und aus dem Vertrage entstehender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hatte wohl folgenden Gesichtspunkt bei Regelung dieser Frage im Auge: Bei vertragswidrigem Verhalten des Gegners soll der Gläubiger entweder in die Lage versetzt werden, als ob ein Vertragsschluß überhaupt nicht stattgefunden hätte, oder es soll möglichst der gleiche Zustand hergestellt werden, der bestünde, wenn der Vertrag wirklich zustande gekommen wäre.

Ersterem Ziele folgt der Rücktritt, letzterem der Schadensersatzanspruch. Wer außerdem Schadensersatz beansprucht, stützt sich geradezu auf den Vertrag. Wer das Interesse fordert statt der Erfüllung,

---

[14]) vgl. außer den Obigen noch Steinhauer S. 15 f. Zu erwähnen wäre noch, daß dem Widerruf die Zufügung einer Bedingung nicht entgegensteht, während dies bei dem Rücktritt oder der Kündigung gänzlich ausgeschlossen ist und Unwirksamkeit nach sich zöge. Vgl. Planck §§ 564 Anm. 2, 671; Kisch S. 137; Motive II S. 314; Thiele S. 89 ff.

[15]) Kaufmann Bd. 2 S. 199 ff.; Crome § 174 und Kisch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 106 ff.

[16]) Motive Bd. 2 S. 211: „. . ., denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht . . ."

fordert diesen Gegenstand kraft seines Rechts aus dem Vertrag. Die Partei verlangt die Erfüllung, aber nach einer andern Richtung, sie verlangt den Vermögenswert des eigentlich zu leistenden Gegenstandes. Die Partei aber, welche von dem Vertrage zurücktritt, erstrebt nicht den Zustand, wie er sein würde, wenn der Gegner den Vertrag ordentlich erfüllt hätte, sondern wie er sein würde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre. Eine Vereinigung von Rücktritt und Schadensersatzanspruch ist darum unmöglich, es liegt ja auch gewissermaßen in der Rücktrittserklärung ein stillschweigender Verzicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[17])

Somit haben wir also den Begriff des gesetzlichen Rücktrittsrechts festgelegt. Die scharfe Unterscheidung und Abgrenzung von ähnlichen Rechten, welche gleichfalls die Aufhebung des Vertrages bezwecken, war um so notwendiger, als selbst die neue Literatur in Verkennung unseres entwickelten Begriffes da von Rücktrittsrecht noch spricht, wo dasselbe gar nicht existiert oder es unter den früher erwähnten Sammelbegriff setzt.

§ 11.

Fortsetzung.
Ausübung und Wirkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts.

Das Gesetzbuch hat über die Ausübung und Wirkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts keine ausdrücklichen Regeln aufgestellt, sondern die meisten Normen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht für entsprechend anwendbar erklärt. Hiernach wird das Rücktrittsrecht durch Erklärung gegenüber dem andern Teile ausgeübt (§ 349 BGB.).

Die Erklärung selbst, auf welche die §§ 130—132 BGB. Anwendung finden, ist einseitig, formlos und empfangsbedürftig.

Durch die Einseitigkeit unterscheidet sich die Rücktrittserklärung von der Vertragsaufhebung durch mutuus dissensus.[1]) Die Erklärung

---

[17]) vgl. hierüber Titze S. 286; Prot. Bd. 6 S. 158; Kisch S. 152; Schöller Bd. 44 S. 641, Bd. 45 S. 515 ff.; a. M. Cosack Bd. 1 S. 408. Anders war das französ. Recht, Code civil, art. 1184, das ALR. I 5 §§ 384, 398, 410; vgl. auch Seuffert Bd. 11 Nr. 141; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 39 S. 450 ff., sie alle gewährten neben dem Rücktritt unter Umständen noch Schadensersatzansprüche.

[1]) Kisch S. 135 unten.

muß ausdrücklich geschehen, ohne daß es jedoch dabei des Wortes „Rücktritt" bedarf. Es genügt, wenn aus den Umständen und dem gesprochenen Wort ersichtlich ist, daß der Erklärende zurücktreten will. Stillschweigende Erklärung durch konkludente Handlungen genügt nicht. [2])

Die Rücktrittserklärung ist formlos. Ihre Gültigkeit ist auch nicht von der Form des zugrunde liegenden Vertrages abhängig. Im Prozesse kann der Rücktritt auch mittels Einrede gegen die Klage des Schuldners auf Leistung geltend gemacht werden, [3a]) in der Zwangsvollstreckung jedoch nur, wenn die Bedingungen des § 767 Abs. 2 ZPO. vorliegen. [3b])

Eine Streitfrage ist darüber entstanden, ob die Rücktrittserklärung im Prozesse auch gegenüber einem Prozeßbevollmächtigten erfolgen könne, oder ob zur Gültigkeit der abgegebenen Erklärung eine besondere Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten zur Entgegennahme derselben erforderlich sei. Während Kisch [4]) und Schollmeyer [5]) eine Spezialvollmacht verlangen, weil die Erklärung keine Prozeßhandlung sei, erklärt die Rechtsprechung des Reichsgerichts dieselbe für überflüssig, da gemäß § 81 ZPO. der Prozeßbevollmächtigte auch zur Entgegennahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen materiell rechtlicher Natur, wie das Rücktrittsrecht, wohl befugt sein müsse. [6]) Dieser Meinung wird man auch ohne Bedenken beitreten können.

Schließlich ist das Rücktrittsrecht eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d. h. es ist nötig, daß dieselbe dem Gegner zugegangen ist; ohne jedoch eine Annahmeerklärung des Gegners zu fordern. Das ist ein wesentlicher Unterschied von der Wandlung, die das Gesetz als

---

[2]) Kisch S. 137: in Zweifelsfällen event. richterliche Entscheidung.

[3a]) Oertmann a. a. O. Bd. 2 S. 89 Anm. zu § 349.

[3b]) d. h. nach Erlaß des Urteils ist die Rücktrittserklärung nur dann zulässig, wenn die Gründe, auf denen sie beruht, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen gemäß den Bestimmungen der CPOV. hätten spätestens geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnten; vgl. auch Schollmeyer zu § 349 BGB.

[4]) Kisch S. 139.

[5]) Schollmeyer Anm. zu § 349.

[6]) Bd. 50 S. 144 d. Entsch., Jur. Wochenschrift 1901 S. 495.

einen, nötigenfalls im Klageweg zu erzwingenden Vertrag, der als solcher der Annahme bedarf, konstruiert hat.

Mit dem Wesen des Rücktritts ist die Beifügung einer Bedingung oder die Zulässigkeit des Widerrufs unvereinbar.

Das hat der Gesetzgeber hauptsächlich mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit bestimmt.[7]) Namentlich die Unstatthaftigkeit des Widerrufs beim Rücktritt, die der 1. und 2. Entwurf[8]) noch ausdrücklich hervorzuheben glauben mußte und die die Motive[9]) aus dem Interesse des andern Teils, der sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können, erklären, läßt sich ohne weiteres aus der Natur des Rücktritts folgern.

Es widerspräche nämlich den allgemeinsten Bestimmungen des Gesetzes über den Vertrag, wenn der durch den Rücktritt aufgehobene Vertrag durch bloßen Widerruf der Erklärung wieder zur vollen Wirksamkeit geführt werden könnte. Hierzu bedarf es eben wieder eines Antrags und einer Annahme auf Grund des Konsensprinzipes, nötigenfalls unter Wahrung der durch Gesetz oder Parteiabrede vorgesehenen Form.[10])

Das Rücktrittsrecht ist aktiv und passiv — subjektiv — unteilbar. Bei Mehrheit der Personen, sei es auf der Schuldner-, sei es auf der Gläubigerseite, kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle geltend gemacht werden (§ 356 BGB.).[11]) Dabei ist das unter den mehreren bestehende Rechtsverhältnis gänzlich belanglos. Die Teilbarkeit des Rücktrittsrechts entspräche auch nicht seiner Natur und ist auch aus praktischen Gründen zu verwerfen, da, wie die Motive sagen,[12]) die sonst zulässige analoge Anwendbarkeit des § 420 BGB. zu einem „sachwidrigen und unbefriedigenden" Resultate führen würde. Jedenfalls steht die Unzulässigkeit der Teilbarkeit der Rücktrittserklärung bei unteilbaren Leistungen aus logischen Gründen fest, da unmöglich das Rechtsverhältnis einer Partei gegenüber bestehen, dem anderen der

---

[7]) vgl. Kisch S. 137. Dagegen macht eine conditio legis oder eine Potestativbedingung den Rücktritt nicht ungültig; Cosack I S. 372.

[8]) 1. Entw. z. BGB. § 426 Abs. 1; 2. Entw. § 300.

[9]) Mot. Bd. 2 S. 280.

[10]) Prot. Bd. 1 S. 789; Kisch S. 139; s. a. die Anm. 15, 16.

[11]) vgl. auch Kisch S. 139 Anm. 17; Cosack S. 372 oben.

[12]) Mot. Bd. 2 S. 284; Schollmeyer zu § 356; Planck zu § 356.

mehreren gegenüber aber nicht bestehen kann. Inwieweit aber ein teilweiser Rücktritt objektiv bemessen zulässig ist, darüber ist an anderer Stelle zu sprechen.

Für die gemeinsame Ausübung des Rücktrittsrechts genügt es, wenn einer im Namen und Vollmacht aller übrigen den Rücktritt erklärt, es bedarf mithin nicht der ausdrücklichen Erklärung jedes einzelnen.

Schreiten wir nun zur Betrachtung der Wirkungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts. Auch hier gelten die einschlägigen Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Die Motive,[13]) der 1. und 2. Entwurf[14]) hatten die Wirkung des Rücktrittsrechts dahin abgestellt, daß durch den Rücktritt die Parteien untereinander so berechtigt bezw. verpflichtet werden sollen, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Gegen diese ungenaue Fassung wandte sich jedoch die Wissenschaft, und so hat denn der 3. Entwurf und das Gesetz selbst die rechtliche Konstruktion der Wirkungen der Wissenschaft überlassen.[15])

Hiernach ist bezüglich der Wirkungen zu sagen, daß erstens mit der Erklärung des Rücktritts der Vertrag sowohl für Vergangenheit wie Zukunft wegen Wegfalls der causa aufgehoben wird. Die Rücktrittserklärung trägt in sich den Verzicht des Erklärenden auf die Gegenleistung und entbindet ihn von der Pflicht, die eigene Leistung zu erbringen. Diese erwähnte Aufhebung aller Vertragsfolgen ist aber nicht etwa eine dingliche zu nennen; sie ist nur dahin zu verstehen, daß die Rücktrittserklärung ipso iure die Rechtsfolgen des Rücktritts zu begründen vermag, auch ohne daß eine Annahme von seiten der Gegenpartei oder richterlicher Ausspruch nötig wäre.[16]) Es äußert mithin der Rücktritt nur Wirkungen unter den Parteien selbst, und deshalb wird zweitens für den Rücktrittsberechtigten und den Gegner eine Rückgewährsverpflichtung begründet, d. h. jede Partei muß die andere in die Lage versetzen, „wie wenn auf Grund des Vertrages

---

[13]) Mot. Bd. 2 S. 281.

[14]) 1. Entw. § 427; 2. Entw. § 298.

[15]) Prot. Bd. 6 S. 158.

[16]) Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 239; Fiebach S. 42 f.; es steht natürlich den Parteien nicht im Wege, dem an sich obligatorischen Rücktrittsrecht — z. B. bei Veräußerung von Grundstücken durch Eintragung einer Vormerkung — die Wirkung der Dinglichkeit zu geben. Sonst äußert der Rücktritt nur obligatorische Folgen; Kisch S. 142 f.

gar keine Leistung erfolgt wäre" (nicht aber wie wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre, es kann kein negatives Vertragsinteresse beansprucht werden).[17] Wir sagten, es fällt das Schuldverhältnis fort mit allen Rechten und Pflichten, die sich aus ihm ergeben.

Damit ist aber auch nur gesagt, daß das Schuldverhältnis erlischt, die auf Grund dieses Schuldverhältnisses erbrachten Leistungen bleiben jedoch bestehen, sie fallen nicht ohne weiteres an den Empfangsberechtigten zurück, da der Rücktritt eine dingliche Wirkung nicht zu äußern vermag; es entsteht nur ein Recht bezw. Pflicht auf Rückgewähr der Leistungen aus dem Schuldverhältnis, dessen causa weggefallen ist. Die Rückforderungsansprüche sind vor dem Gesetz in den §§ 346 ff. ausdrücklich geregelt.[18] Nicht etwa richten sich die Rückgewähransprüche nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung.

Bezüglich der Ausführung der Rückgewähr ist zu bemerken, daß regelmäßig naturaliter zu restituieren ist. Eine Geldsumme ist zu verzinsen (§ 347 BGB.); für Nutzungen und Verwendungen gelangen vom Empfang der Leistung an die Grundsätze der Rechtshängigkeitshaftung zur Anwendung (§ 347 in Verbdg. mit §§ 987, 989 u. 994 ff. BGB.). Bei Rechtsverhältnissen, die eine wirkliche Rückgewähr der empfangenen Leistungen in Frage stellen oder unausführbar machen, wie z. B. Pacht-, Miete-, Dienstvertrag, wird eine Wertvergütung an die Stelle der Rückgewähr bezw. die im Vertrag vereinbarte Geldleistung treten müssen (§ 346 BGB.). Ist der geleistete Gegenstand verschlechtert oder untergegangen oder ist die Herausgabe desselben sonst unmöglich, so bestimmt sich der Umfang des Schadensersatzanspruchs im Falle des Rücktritts von dem Empfang der Leistungen an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs maßgebend sind (vgl. oben).

Das Schuldverhältnis schließlich, wonach die Parteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet sind, wird, sofern jede Partei zurückzuleisten hat, nach Art des gegenseitigen Vertrags behandelt. Die ihnen in §§ 346 u. 347 BGB. auferlegten Verpflichtungen haben darum die Parteien Zug um Zug zu erfüllen. Nach § 348 BGB. finden auf die Rückgewährsverpflichtungen die §§ 320 und 322 BGB.

---

[17] Kaufmann Bd. 2 S. 200 ff.; Cosack Bd. 1 § 112 S. 372.

[18] vgl. Dernburg II § 109; Planck S. 128 f.; Kisch S. 145.

entsprechende Anwendung.[19]) Eine Anwendung der übrigen Vorschriften verbietet die rechtliche Natur des Rücktritts.

§ 12.

Ausschluß und Erlöschen des gesetzlichen Rücktrittsrechts. Unwirksamkeit des Rücktritts.

Das an sich begründete Rücktrittsrecht kann nach dem Wortlaut des Gesetzes entweder erlöschen oder ausgeschlossen werden. Einen praktischen Unterschied zwischen Ausschluß und Erlöschen will Dernburg[1]) darin finden, daß das ausgeschlossene Rücktrittsrecht durch den Wegfall des Ausschließungsgrundes wieder aufleben könne, während das einmal erloschene Rücktrittsrecht unwiederbringlich sei. Die Meinung wird auch von Goldmann-Lilienthal geteilt,[2]) die ebenfalls aus praktischen Rücksichten von diesem Unterschiede sprechen. Andere wieder reden von Unwirksamwerden, vom Ausschluß und von der Unzulässigkeit des Rücktritts.[3])

Ich möchte auch die praktische Unterscheidung nicht ohne weiteres wie z. B. Kisch,[4]) Schellen,[5]) Littmann[6]) und andere mehr von der Hand weisen, da eine Beseitigung des Ausschließungsgrundes während der noch bestehenden Rücktrittsmöglichkeit sich denken läßt und praktisch vorkommt, wenn auch die Beschaffenheit der Ausschließungsgründe wie z. B. Untergang, Verschlechterung usw. ihrer Natur nach nur selten eine Beseitigung ermöglichen. Immerhin möchte ich aber den praktischen Wert nicht verneinen.[7])

Als Erlöschungsgründe läßt nun das Gesetz zunächst den Verzicht zu. Der Rücktrittsberechtigte braucht von seiner Befugnis keinen Ge-

---

[19]) vgl. Kisch S. 146. Bei zufälliger oder unverschuldeter Unmöglichkeit greifen darum nicht die Folgen der §§ 323 ff. BGB., sondern die besonderen Bestimmungen des § 347 BGB. Platz; Cosack I S. 372 (5 b).

[1]) Dernburg Bd. 2 Abt. 1 S. 270 Anm. 4.

[2]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 460 Anm. 13.

[3]) Crome Bd. 2 1. Teil § 175; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 189; Schollmeyer Anm. zu § 351.

[4]) Kisch bei Fischer S. 142 Anm. 23.

[5]) Schellen S. 31.

[6]) Littmann S. 81.

[7]) Fiebach § 9 S. 45 f.

brauch zu machen; zumal das Rücktrittsrecht ein subjektives Recht, ein Recht reinen rechtlichen Könnens ist.[8]) Will er von diesem Recht nun keinen Gebrauch machen, so kann er dies ausdrücklich durch seinen Verzicht erklären. Noch der erste Entwurf hatte im § 341 diesen Erlöschungsgrund aufgeführt; da aber eine Erklärung expressis verbis nicht gefordert wird und ein Verzicht auch stillschweigend in der Annahme bezw. Leistung der Erfüllung liegen kann, so strich die zweite Kommission diesen Paragraphen als selbstverständlich.[10]) Ob nun ein wirksamer Verzicht im einzelnen Falle vorliegt, darüber müssen die Umstände und nötigenfalls der konkrete Fall entscheiden.[11])

Ein weiterer Erlöschungsgrund des Rücktrittsrechts ist in dem § 355 BGB. enthalten. Wir sagten oben, daß die Rücktrittserklärung eine unbedingte sein müsse, da sonst die Zulässigkeit einer Bedingung zu großer Rechtsunsicherheit führen könne. Dagegen ist natürlich die Zulassung eines befristeten Rücktrittsrechts dergestalt, daß nach § 355 eine Frist für die Ausübung des Rücktritts gesetzt werden kann, unbedenklich, weil Schwierigkeiten damit nicht verknüpft sind.[12])

Das Gesetz hat hier nämlich die Interessen des Schuldners ins Auge gefaßt und demselben gestattet, der Unschlüssigkeit des zum Rücktritt berechtigten Gläubigers dadurch zu begegnen, daß es ihm eine Frist zur Ausübung seiner Befugnis setzt; es soll damit auch einer dem Schuldner erwachsenden Ungewißheit vorgebeugt werden. Erklärt nämlich der Gläubiger innerhalb der ihm wirksam gesetzten Frist — sie beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem für den Gläubiger die Voraussetzungen zum Rücktritt gegeben sind — nicht den Willen, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, so erlischt mit Ablauf der Frist für ihn das Rücktrittsrecht. Eine weitere Voraussetzung für das Erlöschen ist hierbei die, daß die vom Schuldner gesetzte Frist eine „angemessene" war. Daß eine zu kurz bemessene Frist nicht ohne weiteres ein Erlöschen der Befugnis nach sich zieht, rechtfertigt sich aus allgemeinen Gründen, ist indessen bei unserer Frage nicht ganz unbestritten,

---

[8]) Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 23 Ziff. 3; Kisch S. 139.

[9]) Entw. 1 zu § 341.

[10]) Prot. 2 Bd. 1 S. 795 f. III.

[11]) s. Motive Bd. 2 S. 283.

[12]) vgl. Kisch S. 137 f. Kisch S. 139 u. 140: Die Frist darf, um wirksam zu sein, auch erst nach der Entstehung des Rücktrittsgrundes gesetzt sein.

worauf noch später zurückzukommen ist. Im Zusammenhang mit § 355 BGB. bestimmt schließlich der § 356, daß auf Grund der Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts das Erlöschen für einen von mehreren zum Rücktritt Berechtigten auch das Erlöschen für alle übrigen zur Folge hat.

Die Gründe, welche den Ausschluß des Rücktrittsrechts nach sich ziehen, zählt das Gesetz in den §§ 351—353 auf. Sie liegen ausnahmslos in dem Schicksal des Leistungsgegenstandes, setzen also bereits ganz- oder teilweise erfolgte Leistungen voraus. Der § 351 BGB. schließt den Rücktritt aus, wenn eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder die Unmöglichkeit der Herausgabe der empfangenen Leistung von dem Berechtigten verschuldet ist. Der wesentlichen Verschlechterung wird der Untergang eines erheblichen Teiles, dem Verschulden des Berechtigten ausdrücklich das seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen gleichgestellt. Verschulden ist hier als Voraussetzung gegeben und für Zufall wird nach § 350 nicht gehaftet. Einen weiteren Ausschließungsgrund gibt § 352 BGB.: „Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestellt hat." Ob die Umgestaltung verschuldet oder nicht verschuldet erfolgt, ist für den Ausschluß des Rücktrittsrechts gleichgültig. In Übereinstimmung mit den Protokollen[13]) ist auch hier die Umgestaltung oder Verarbeitung eines wesentlichen Teiles der völligen Umgestaltung gleichzustellen. In gleicher Weise dürfte auch hier das von dem Berechtigten nach § 278 BGB. zu vertretende Verschulden entsprechend auf das eigene Verschulden des Berechtigten anwendbar sein.[14])

Schließlich gelangen wir zu der Frage, wie ist es mit der Rücktrittsbefugnis, wenn der Berechtigte den Gegenstand veräußert oder belastet hat? Der 1. u. 2. Entwurf gingen von dem Standpunkt aus, daß das Rücktrittsrecht ausgeschlossen sein solle, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand deshalb nicht zurückgewähren könne, weil er ihn veräußert habe, oder wenn er die auf demselben bestehenden Rechte eines Dritten nicht zu beseitigen vermöge.[15]) Der 3. Entwurf und das

[13]) Prot. Bd. 1 S. 791 f.

[14]) Prot. eod.; Planck Bd. 2 S. 131 Anm. 1 u 2 zu § 352; Schollmeyer S. 263; Oertmann zu § 352; Kisch S. 141; Kaufmann II S. 207 Anm 4 B zu § 352; Goldmann-Lilienthal zu § 352 S. 401.

[15]) Entw. 1 § 430 (1, 2); Entw. 2 § 303 Satz 1; Motive Bd. 2 S. 283.

Bürgerliche Gesetzbuch änderten dies jedoch.[16]) Das Gesetz bestimmte mit Rücksicht darauf, daß der Berechtigte sich den Gegenstand nach der erfolgten Rücktrittserklärung bis zu dem Zeitpunkte, in welchem er zurückzugewähren ist, noch wieder verschaffen könnte, daß ohne weiteres der Rücktritt nicht ausgeschlossen sein sollte. Mit anderen Worten, die subjektiv noch hebbare Unmöglichkeit der Leistung soll nicht dem Berechtigten das Recht des Rücktritts abschneiden.[17])

Es erfolgt daher ein Ausschluß des Rücktrittsrechts nur dann, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung des Berechtigten erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder § 352 BGB. eingetreten sind, d. h. wenn der fragliche Gegenstand infolge eines Verschuldens des Dritten überhaupt nicht mehr zurückgegeben werden kann, oder wenn er von dem Erwerber verschlechtert oder umgestaltet worden ist. Der Verfügung des Berechtigten steht eine solche im Wege der Zwangsvollstreckung, des Arrestes oder des Konkursverwalters gleich (§ 353 Abs. 2). Der zufällige Untergang des Gegenstandes, den der Berechtigte empfangen hat, schließt den Rücktritt nicht aus (§ 350 BGB.). Die im Anschluß an das römische Recht[18]) aufgestellte Vorschrift soll lediglich verhindern, dem Schuldner, dessen Verhalten den Grund zum Rücktritt gegeben, auch die Gefahr des Zufalls noch aufzubürden. Wie der vollständige Untergang ist auch hier analog der zufällige Untergang eines erheblichen Teiles, sowie die zufällige Verschlechterung zu behandeln.[19])

Von dem Erlöschen und dem Ausschluß des Rücktrittsrechts ist die Unwirksamkeit des Rücktritts zu trennen. Einmal ist der geschehene Rücktritt dann unwirksam zu nennen, wenn ein Rücktrittsrecht überhaupt nicht vorlag. Das Gesetz führt aber besonders im § 354 den Fall an, daß der Rücktrittsberechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines wesentlichen Teiles desselben in Verzug kommt. Es wäre eine offensichtliche Unbilligkeit, wollte man dem Schuldner, der seinerseits zurückgewährt hat, der Willkür des

---

[16]) Entw. 3 § 348, BGB. § 353; vgl. auch Küntzel in Gruchot Bd. 40 S. 139 ff.

[17]) Littmann S. 85.

[18]) l. 31 § 1, l. 38 § 3: D. de aed. ed. 21, 1; Dernburg II, 1 § 108 S. 275; Planck zu § 350.

[19]) vgl. Dernburg § 108 S. 270; Kisch S. 142.

Gläubigers damit anheimgeben, daß man ihm zumutete, auf eine Rückgewähr des Gläubigers nutzlos zu warten. Das führte zu großen Härten, und so greift denn außer den §§ 348 und 320 der § 354 für den Schuldner helfend ein, der ihm gestattet, dem säumigen Gläubiger zur Rückgewähr eine Frist zu setzen, mit der Erklärung, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung ablehne.[20]) Es bleibt mithin der Rücktritt unwirksam und der Vertrag bestehen, wie er vor der Ausübung des Rücktrittsrechts bestanden hat.

Auf die diesbezüglichen Vorschriften der Wandlung soll bei der Darstellung derselben hingewiesen werden.

Zweites Kapitel.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim gegenseitigen Vertrag und seine Anwendung beim Kauf.

§ 13.

Das Rücktrittsrecht wegen verschuldeter gänzlicher Unmöglichkeit der Leistung.

Nach der Festlegung des Begriffs, Wesens und der Wirkung des gesetzlichen Rücktrittsrechts haben wir im folgenden nach der Anwendung des allgemeinen Prinzips bei dem gegenseitigen Vertrage zu fragen. Das BGB. hat in den §§ 325 und 326 bei der Darstellung des gegenseitigen Vertrages dem Gläubiger neben den anderen Wahlmöglichkeiten auch die Rücktrittsbefugnis zugesprochen, die ihre erhöhte Bedeutung darin findet, daß sie in ihrer Allgemeinheit auch auf den Kauf als das typischste Beispiel des gegenseitigen Vertrages unter ge-

---

[20]) Planck zu § 354, welcher sagt, daß der § 354 auf Beschluß der zweiten Kommission aufgenommen wurde und gemäß § 348 die Rückgewährverpflichtungen Zug um Zug erfüllt wissen wollte nach Analogie der Verpflichtungen aus dem gegenseitigen Vertrag. Der Verzug des Rücktrittsberechtigten äußert denn auch eine ähnliche Wirkung wie der Verzug einer Partei in der Erfüllung bei dem gegenseitigen Vertrag gemäß § 326 BGB. Hiernach genügt auch nicht jeder Verzug, sondern nur der Verzug mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles desselben; s. a. Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse § 108; Cosack I § 112 a. E.

gebenen Voraussetzungen angewendet werden kann, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sogar die speziell für den Kauf aufgestellte Rücktrittsbefugnis, wie sie das alte Handelsgesetzbuch bei dem Lieferungsverzug des Verkäufers oder dem Zahlungsverzug des Käufers neben den anderen Wahlmöglichkeiten den Parteien zugestand (Art. 354 und 359), im ganzen Umfange übernommen und unter Verallgemeinerung des Prinzips im § 326 BGB. zum Ausdruck gebracht. So ist das gesetzliche Rücktrittsrecht immer dann gegeben, wenn die allgemeinen Voraussetzungen, wie wir sie im folgenden erörtern müssen, vorhanden sind. Es ist nur an späterer Stelle die Abgrenzung zu der speziell bei der Kauflehre aufgestellten Rücktrittsbefugnis bei Sachmängeln zu prüfen, die wegen des eigenartigen Rechts der Wandlung Anlaß zu Streitfragen gegeben hat. Im übrigen aber verweist das Gesetz selbst im § 440 auf die Bestimmungen des gegenseitigen Vertrages zurück, unterwirft sich also auch bzgl. unserer Frage den zu erörternden Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrag.

Der § 325 Abs. 1 Satz 1, den wir zuerst berücksichtigen müssen, sagt:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrag dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten."

Weiter bestimmt Satz 3 für die zu behandelnde totale Unmöglichkeit der Leistung:

„Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 festgesetzten Rechte geltend machen."

Es treten demnach unter analoger Anwendung des § 280 I auf die Bestimmung des gegenseitigen Vertrages neben die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch das Rücktrittsrecht und die im § 323 BGB. gegebenen Möglichkeiten.

Voraussetzung für die Geltendmachung dieser Rechte, also auch des Rücktrittsrechts, ist die nachträglich eintretende, vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, der nach § 275 Abs. 2 das nach der Entstehung des Schuldverhältnisses nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung — mit Ausnahme der

Gattungsschuld — gleichsteht. Was das Gesetz überhaupt unter Unmöglichkeit der Leistung verstanden wissen will, sagt es nicht. So viel steht aber fest, daß wir unter Zugrundelegung des § 242 BGB. nur die juristische Unmöglichkeit der Leistung zu berücksichtigen haben, welche daher nicht nur diejenige Leistung umfaßt, deren Bewirkung große und unüberwindliche Hindernisse im Wege stehen, sondern auch solche Leistungen begreift, deren Verlangen gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[1]) Unterschiede macht jedoch das Gesetz, wenn es von objektiver Unmöglichkeit der Leistung — eine Leistung, die für jedermann unmöglich ist — und subjektiver Unmöglichkeit oder Unvermögen des Schuldners zur Leistung spricht. Desgleichen wird zwischen anfänglicher und nachträglicher, völliger und teilweiser, zu vertretender und nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung unterschieden.

Die Unmöglichkeit im Sinne des § 325 Abs. 1 muß eine nachträgliche sein. Anfängliche Unmöglichkeit würde nach § 306 BGB. Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben, einen Rücktritt also gar nicht aufkommen lassen. Dagegen steht der Fall des § 308 — woselbst die Unmöglichkeit der Leistung der Gültigkeit des Vertrags nicht im Wege steht, wenn die Unmöglichkeit hebbar ist und der Vertrag für den Fall des Möglichwerdens geschlossen wurde — der Zulässigkeit des gesetzlichen Rücktrittsrechts nicht im Wege, da ja ein gültiger Vertrag nicht zustande kommt. Für den Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit muß aber der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend sein. Dies folgt zunächst aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, denn es sagt: „wird" die Leistung unmöglich. Aber auch der § 308 ist in Betracht zu ziehen: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird. Hiernach ist also das Geschäft gültig, wenn die fehlende Möglichkeit bis zur Verwirklichung der Bedingung eintritt.[2]) Verwirklicht sie sich

[1]) Titze S. 2f.; Kisch S. 12ff.; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 332 § 85.

[2]) Kleineidam S. 34 sagt: Es genügt zur Gültigkeit eines Vertrages, wenn nur in irgend einem Augenblick zwischen Vertragsschluß und Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des Termins die Leistung möglich war. Es ist nicht nötig, daß die Möglichkeit noch bis zum Eintritt der Bedingungen oder des Termins

nicht, dann liegt eben eine nachträgliche Unmöglichkeit vor. Erst recht rechtfertigt sich die Annahme einer nachträglichen Unmöglichkeit, wenn die beim Vertragsschlusse wirklich vorhandene Möglichkeit vor Eintritt der Bedingungen sich ins Gegenteil kehrt.[3]) Ferner ist auch aus § 306 zu folgern, daß der Moment des Vertragsschlusses allein für den Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit maßgebend sein muß.

Des weiteren verlangt § 325 Abs. 1 die dauernde Unmöglichkeit der Leistung, d. h. die Beseitigung derselben muß sich zu einer Zeit, zu der die Leistung noch als geschuldete gelten könnte, nicht absehen lassen.[4]) Schließlich muß die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande gründen. Was im einzelnen der Schuldner zu vertreten hat, darüber sagt das Gesetz nichts. Denn wenn auch der § 276 Abs. 1 bestimmt: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten", so geht doch schon aus der Fassung dieses Paragraphen hervor, daß das Gesetz vielfach Ausnahmen von der Regel zugestehen will und zugesteht.[5]) Es ist z. B. die Vertretungspflicht mehrfach derart gesteigert, daß sie, unabhängig von einem Verschulden, den Schuldner sogar für Zufall haften läßt (vgl. §§ 229, 287 Satz 2), ohne Rücksicht auf Verschulden hat z. B. beim Kauf der Verkäufer Mängel im Recht und in der Kaufsache zu vertreten (§§ 434 ff., 459 ff., 445), und vermindert wird die Vertretungspflicht des Schuldners bei Verzug des Gläubigers, sowie in vielen andern Fällen (z. B. §§ 300 Abs. 1, 521, 599 usw.).

Entscheidend muß darum nach dem Vorausgegangenen das Maß

---

noch vorhanden ist. — Damit stimmt überein Planck zu § 308 II, wenn er sagt, daß ein solcher Vertrag immer so behandelt werden müsse, wie wenn neben der vereinbarten Bedingung oder neben dem Anfangstermin noch die Bedingung vereinbart worden wäre, daß die Leistung vor der vereinbarten Bedingung bezw. vor dem Termine möglich sei. Es genügt, daß zu irgend einer Zeit vor Eintritt der Bedingung oder des Termins die Leistung einmal möglich gewesen ist; vgl. auch Schollmeyer zu § 308; Motive Bd. 2 S. 182; Kisch S. 22 f.

[3]) vgl. Kisch S. 28 ff.; Mot. II S. 180; Kleineidam S. 29 f. und Oertmann zu § 306.

[4]) Goldmann-Lilienthal S. 333; Kisch S. 24.

[5]) Planck zu § 276. Die Vorschrift ist eine dispositive, da sowohl durch Vertrag bestimmt werden kann, daß die Haftung des Schuldners eine weitgehendere sein soll oder nicht, als auch das Gesetz selbst die Haftung in manchen Fällen teils erweitert, teils beschränkt.

dessen sein, was das Gesetz auferlegt unter Berücksichtigung des Einzelfalles.[6]) Zu bemerken ist nur noch, daß der Schuldner nach § 278 das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Maße zu vertreten hat wie eigenes Verschulden.[7])

Unter diesen Voraussetzungen erwachsen dem Gläubiger die genannten Rechte. Um das Recht des Rücktritts hier im Gegensatz zu den anderen Wahlmöglichkeiten schärfer abzugrenzen, sei in kurzem auf die Besonderheiten der einzelnen Rechte hingewiesen.

Einmal hat der Gläubiger das Recht, Schadensersatz zu verlangen wegen gänzlicher Unmöglichkeit der Leistung.

Wer Schadensersatz verlangt, der verlangt auf Grund des Vertrags das Surrogat für die ursprünglich geschuldete, nun aber kulpos unmöglich gewordene Leistung; und deshalb, weil er ihn auf Grund des Vertrags verlangt, den Vertrag beibehält, bleibt auch der Gläubiger, falls er noch nicht geleistet hat, seinerseits zur Gegenleistung verpflichtet; hat er aber bereits geleistet, so darf er die Leistung nicht deshalb zurückfordern, weil der Gegner etwa rechtlos bereichert wäre; der Gegner ist keinesfalls rechtlos bereichert.

Anders, wenn der Gläubiger vom Vertrage zurücktritt. Wie schon früher erwähnt, wird durch die Rücktrittserklärung der Vertrag ex tunc aufgelöst unter Begründung einer gegenseitigen Rückgewährsverpflichtung bezüglich der empfangenen Leistungen. Wenn aber der Gläubiger zu dem einen, wenn zu dem andern Mittel greifen wird, darüber wird wohl nur der Vertragszweck und das Interesse des Gläubigers zu entscheiden haben. Daß aber gerade der Rücktritt der Absicht beider Parteien mehr entsprechen wird, steht außer Frage und darf keineswegs in der Zubilligung des Rücktrittsrechts für den Gläubiger eine ungerechtfertigte Benachteiligung für den Schuldner erblickt werden, da ja der Vertragsbruch genügend das Zurücktreten des Gläubigers motiviert. Ganz abgesehen davon, wird er zum Rücktritt greifen, wenn Bedenken vorhanden sind, daß ein Schadensersatz-

---

[6]) vgl. Fiebach S. 54 f.

[7]) Mot. Bd. 2 S. 30: „Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist."

anspruch bei der Zahlungsunfähigkeit des Gegners Erfolg haben wird und der Beweis des Schadens und der Vertretungspflicht des Schuldners, der ja dem Gläubiger obliegt, schwierig erscheint.[8])

Schließlich kann der Gläubiger auch die Rechte aus § 323 geltend machen. § 323 bestimmt:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung."

Die Berufung auf den § 323 Abs. 1 kommt dem Rücktritt sehr nahe. Ja, Kleineidam nennt direkt die Befugnisse des § 323 Abs. 1 ein beschränktes gesetzliches Rücktrittsrecht,[9]) das nur insoweit modifiziert sei, als der Gläubiger bei ihm befugt sei, das Surrogat der Leistung zu fordern. Die Sprachweise „Verlust" des Anspruchs bei § 323 sei eben eine redaktionelle Schiefheit, wenn das Gesetz an anderer Stelle unter denselben Voraussetzungen von Aufhebung spräche.

Die Meinung ist unhaltbar, einmal wird im Falle des § 323 Abs. 1 der Vertrag gar nicht aufgehoben,[10]) wenn auch der Anspruch auf die Gegenleistung verloren geht. Ein wesentliches Begriffsmerkmal des Rücktrittsrechts geht also abhanden. Sodann zeigt sich aber der Unterschied auch in der Art der Geltendmachung. Werden nämlich die Rechte aus § 323 Abs. 1 geltend gemacht, so kann die nicht geschuldete Gegenleistung nach Maßgabe der Vorschriften über die rechtlose Bereicherung (§§ 812 ff., 55) zurückgefordert werden, das bestimmt ausdrücklich der Abs. 3 des § 323. Die Rückgewähr beim Rücktrittsrecht erfolgt indessen nach den Bestimmungen der §§ 346 ff. Zudem verlangt der Rücktritt stets eine diesbezügliche Erklärung. Wenn aber das Gesetz dem Gläubiger auch die Rechte aus § 323 einräumt, so bedeutet dies nur, daß der Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung ipso iure mit der Unmöglichkeit eintritt. Wählt der Gläubiger unter den ihm zustehenden Wahlmöglichkeiten den Rück-

[8]) Planck II S. 101; Endemann S. 538 Anm. 18; Schollmeyer S. 203, 204; Kisch S. 132—134; Kisch S. 151; a. M. Cosack S. 336, 337; Schoeller Bd. 44 S. 612 ff.

[9]) Kleineidam S. 151.

[10]) vgl. Schollmeyer Anm. 1 u. 4 zu § 323; Schoeller Bd. 45 S. 524 ff. mit Anm. 17.

tritt, so ist damit jede Möglichkeit, neben ihm auch noch Schadensersatzansprüche geltend zu machen, ausgeschlossen.[11]) Denn der Rücktritt selbst hebt den Vertrag auf. Der Gläubiger ist an ihn gebunden, er kann ihn nicht widerrufen, weil ihm etwa der Schadensersatzanspruch doch vorteilhafter erscheinen könnte.[12]) Ein ius variandi ist ihm nicht gegeben, und bloßer Widerruf des einmal erklärten Rücktritts kann nicht mehr den Vertrag von neuem aufleben lassen.[13]) Ein gleiches gilt auch bei Geltendmachung der Rechte aus § 323 Abs. 1.

Anders dagegen wird man die Wirksamkeit der einmal getroffenen Erklärung des Gläubigers dann in Frage stellen müssen, wenn sie in Unkenntnis des Wahlrechts abgegeben ist. Denn die Wirksamkeit des erklärten Rücktritts oder Schadensersatzanspruchs usw. ist durch die Kenntnis des Gläubigers von der Wahlmöglichkeit bedingt.[14])

Daß die Bestimmungen über die totale Unmöglichkeit der Leistung nach § 325 auf den Kauf Anwendung finden, unterliegt keinem Zweifel. Schwierigkeiten entstehen nur bezüglich der Abgrenzung zwischen den Rechten des § 325 und dem in der Kauflehre besonders aufgestellten Recht auf Wandelung. Doch ist über diese Frage an anderer Stelle zu handeln.

§ 14.

Das Rücktrittsrecht wegen teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

Wie ist es mit dem Rücktrittsrecht bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung bestellt?

Der § 325 Abs. 1 bestimmt:

„Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung ist der andere Teil, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Schließlich hat er auch nach Satz 3 die Rechte des § 323.

---

[11]) Planck II S. 102; Endemann I S. 538 Anm. 18; Kisch S. 151; Schoeller in Gruchot Bd. 44 S. 606.

[12]) s. insbes. Planck II S. 102 II.

[13]) Kisch S. 158 f.

[14]) Planck II S. 103; Kisch S. 159.

Auch hier gilt als Voraussetzung eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung, die aber im Gegensatz zu dem im vorigen Paragraphen Besprochenen nur einen Teil der Leistung begreift. Das Rücktrittsrecht ist aber weiter davon abhängig, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat. Es gilt dann so, als ob die gänzliche Unmöglichkeit eingetreten wäre. Bei der Frage, ob der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung Interesse hat oder nicht, kommt es darauf an, ob unter Zugrundelegung des § 280 Abs. 2 BGB. die teilweise Leistung, subjektiv bemessen, den Interessen des Gläubigers dient oder nicht dient.[1])

Der Ansicht Stammlers,[2]) der bei der Beurteilung der Interessenfrage nur die objektive Seite berücksichtigt wissen will, weil dies der „objektivierenden Tendenz" des Bürgerlichen Gesetzbuchs eben entspräche, ist meiner Ansicht nach nicht beizupflichten und wird auch von der Mehrzahl der juristischen Schriftsteller nicht geteilt.[3]) Einmal gesteht Stammler[4]) selbst zu, daß das Bürgerliche Gesetzbuch von „berechtigtem" Interesse bezw. „jedem berechtigten" Interesse spricht, und das gilt hier ganz besonders unter Berücksichtigung des § 280 Abs. 2 bei dem § 325 BGB. Abs. 1 Satz 2. Dann gibt aber das Gesetz selbst keinen Anhalt dafür, daß es nur ein objektives Interesse, oder wie Schollmeyer[5]) sagt, ein aus den Festsetzungen des betreffenden Schuldverhältnisses direkt erkennbares subjektives Interesse berücksichtigt wissen will, sondern die lediglich zugunsten des Gläubigers gegebene Bestimmung des § 280 Abs. 2 ist auch vollständig vom Standpunkt des Gläubigers aus zu betrachten; es ist zu prüfen, ob die teilweise Leistung mit Rücksicht auf ihren bestimmten Zweck für den Gläubiger den Vertragswert hat.[6]) Daß natürlich nicht nach jedem Interesse des Gläubigers geforscht zu werden braucht, ist klar; der Beurteilung ist eben hier, wie überall, der Vertragszweck zugrunde zu legen.

---

[1]) Kisch S. 186f.; Planck § 280 Nr. 5.

[2]) Stammler S. 120.

[3]) Kleineidam S. 111; Kisch S. 186f.; Planck zu §§ 280, 325; Schollmeyer ebenda.

[4]) Stammler S. 120.

[5]) Schollmeyer S. 109.

[6]) Kisch S. 187f.; Kleineidam S. 111.

Den Beweis des mangelnden Interesses hat der Gläubiger zu führen.[7]) Als Zeitpunkt für das mangelnde Interesse kommt derjenige in Betracht, in welchem der Gläubiger zur Geltendmachung seines Anspruchs berechtigt ist, also der Erfüllungstermin.[8])

Wir haben uns des weiteren zu fragen, welche Rechtslage entsteht für den Gläubiger, wenn er diesen Beweis des mangelnden Interesses nicht zu erbringen vermag oder umgekehrt, wenn das Vorhandensein von Interesse in überzeugender Weise dem Gläubiger seitens des Schuldners nachgewiesen wird, oder schließlich, wenn wirklich der Gläubiger noch Interesse an der teilweisen Erfüllung hat. Sehen wir vom Rücktritt ab, dann wird er auf Grund des § 280 Abs. 1 den möglichen Teil der Leistung fordern und nur bezüglich des unmöglichen Teils Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 verlangen können, in welchem Falle der Gläubiger die Rechte aus § 323 f. Abs. 1 und 2 geltend machen kann, er bleibt aber seinerseits zur vollen Gegenleistung verbunden. Wie aber verhält es sich mit der Rücktrittsbefugnis? Wir sagten schon oben, daß bei teilweiser Unmöglichkeit der Gläubiger berechtigt sei, vom ganzen Vertrag zurückzutreten, wenn die teilweise Erfüllung kein Interesse für ihn habe. Wir fragen aber weiter, sollte der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung fordern können und nur bezüglich des unmöglichen, für ihn interesselosen Teiles der Leistung zurücktreten dürfen? — Das Gesetz schweigt, es erwähnt eines teilweisen Rücktrittsrechts nicht. Aber man wird unstreitig ein solches dem Gläubiger zugestehen müssen. Bereits das alte Handelsgesetzbuch erwähnt im Art. 359 das teilweise Rücktrittsrecht und sagt daselbst:

„Wenn in den Fällen der Art. 354, 355, 357 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des gegenseitigen Vertrages aus der Absicht des Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten teilbar ist, so kann das Abgehen des einen Kontrahenten von dem Vertrage nur in betreff des von dem anderen Kontrahenten

---

[7]) Er hat ihn auch dann zu führen, wenn ein anderweites subjektives Interesse des Gläubigers vom Schuldner behauptet wird, was einem substanziierenden Bestreiten des Schuldners gleichgeachtet wird; s. Kleineidam S. 111; Stoetzel S. 71.

[8]) s. Kleineidam ebenda; Mot. Bd. 2 S. 216; Schollmeyer S. 110; Kisch S. 189.

nicht erfüllten Teiles des Vertrages erfolgen." Wenn das alte Handelsgesetzbuch in klaren Worten ein teilweises Abgehen vom Vertrage zugestand, warum sollte da das Bürgerliche Gesetzbuch, das doch aus den Regeln des Handelsrechts so viel geschöpft und dessen Praxis sich zu eigen gemacht hat, sich ablehnend verhalten? Stammler[9]) und nach ihm Schollmeyer[10]), Goldmann-Lilienthal[11]), Kleineidam[12]) u. a. m. haben ferner auch darauf hingewiesen, daß aus der Fassung des § 325 BGB. der Ausschluß eines teilweisen Rücktrittsrechts sich nicht folgern lasse, es läge ja auch kein Grund vor, für den Fall seines Interesses an dem noch möglichen Teil dem Gläubiger das Rücktrittsrecht ganz zu versagen. So wird man denn also aus ganz allgemeinen Gründen die Zulässigkeit des teilweisen Rücktrittsrechts zugestehen müssen. Eine weitere Voraussetzung für unser teilweises Rücktrittsrecht wird freilich auch die sein, daß eine teilbare Leistung im Sinne des Art. 359 HGB. vorhanden sein muß,[13]) daß also nach der Absicht der Parteien oder der Verkehrssitte der Vertrag auf beiden Seiten eine teilbare Erfüllung zuläßt. Wann dies aber der Fall ist, insbesondere wenn eine teilbare Leistung in der Weise vorliegt, daß ein teilweiser Rücktritt eintreten kann, darüber hat der Einzelfall Ausschlag zu geben, wie die Protokolle[14]) mit Recht betonen.

---

[9]) Stammler S. 130.

[10]) Schollmeyer S. 209.

[11]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 385.

[12]) Kleineidam S. 146 f.; vgl. auch Matthiaß I S. 355; Planck II S. 103; Oertmann S. 73; Titze S. 188; Littmann S. 70 f.

[13]) Schollmeyer S. 209; Cosack S. 335; Kisch S. 184; Kaufmann II S. 170; Littmann S. 70; Titze S. 188; Kisch S. 160 und Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 385; — a. M. Schöller Bd. 45 S. 538 ff. und Planck f. dasselbe.

[14]) Prot. Bd. 2 S. 64; vgl. auch Kleineidam S. 147 und Kisch S. 183 ff., der insbesondere gegen die Ansicht von Planck § 325, 3 c in Übereinstimmung mit Schollmeyer Anm. zu § 325 ausdrücklich behauptet, daß zur Voraussetzung eines teilweisen Rücktritts nicht erforderlich sei, daß es sich um zwei verschiedene Verträge über den möglichen und anderen Teil der Leistung handelt, in welchem Falle jeder der verbundenen Verträge selbständig behandelt werden muß.

§ 15.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht im Falle des § 325 Abs. 2 BGB.

Im Abs. 2 des bereits besprochenen § 325 BGB. finden wir einen weiteren Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts. Es heißt dort:

„Das gleiche (nämlich wie das in Abs. 1 Besprochene) gilt in dem Fall des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablauf der Frist bewirkt wird." Der hier angezogene § 283 lautet:

„Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen bezw. zurücktreten, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird."

Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts sind hier die rechtskräftige (nicht bloß vorläufig vollstreckbare) Verurteilung zur Erfüllung,[1] sowie eine Fristsetzung[2] nach der Rechtskraft des Urteils mit der Erklärung der Ablehnung der Leistung nach dem Ablaufe der Frist. Um dem Gläubiger möglichst rasch zu seinem Recht zu verhelfen, ist ihm durch den neu eingefügten § 255 ZPO. die Befugnis zuerkannt, bereits bei der Klage auf Erfüllung die Frist im Urteil festsetzen zu lassen. Ihr Lauf beginnt dann mit der Rechtskraft des Urteils. Die Erklärung der Fristsetzung, wie die angedrohte Ablehnung der Leistung, die aus den Worten des Gläubigers unzweideutig hervorgehen müssen,[3] sind formlose und empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Weitere Voraussetzungen sind nach § 283 Satz 3 in Verbindung mit § 325 Abs. 2 die Vertretungspflicht des Schuldners. Nur dann soll der Gläubiger zurücktreten dürfen, wenn die Nichterfüllung vom Schuldner zu vertreten ist. Zufälliger Untergang der Leistung nimmt dem Gläubiger das Recht zum Rücktritt und gibt ihm nur die Befugnisse des § 323 BGB.

---

[1] s. Planck zu § 283. Es ist auch nicht erforderlich, daß die Zwangsvollstreckung versucht und erfolglos geblieben ist; vgl. Mot. II S. 53.

[2] Selbstredend muß die Frist eine angemessene sein; vgl. Mot. II § 243.

[3] Schollmeyer Anm. 8 zu § 325 S. 209; Planck Bd. 2 Anm. 4 zu § 325 S. 104.

Erfüllt der Schuldner nun innerhalb der ihm wirksam gesetzten Frist nicht oder nicht vollständig, so wird zugunsten des Gläubigers angenommen, die Leistung sei aus einem Umstand unmöglich geworden, den der Schuldner zu vertreten habe. Man spricht von der sogen. „fiktiven Unmöglichkeit der Leistung".[4] Die Bestimmung des § 325 Abs. 2 ist lediglich im Interesse schneller Verwirklichung der Rechte des Gläubigers gegeben. Es soll ihm die Mühe erspart werden, den Weg der Zwangsvollstreckung wegen seines Anspruchs zu beschreiten, um dann erst nach Erfolglosigkeit derselben das Rücktrittsrecht aus § 325 Abs. 1 auszuüben. Oft wird sich auch von vornherein die Aussichtslosigkeit einer Zwangsvollstreckung ergeben. Darum soll der Gläubiger nicht erst die Schwierigkeit des Vollstreckungsverfahrens durchzukosten haben, sondern das Gesetz gibt ihm die Möglichkeit, mit dem fruchtlosen Ablauf einer von ihm, dem Gläubiger, dem Schuldner gesetzten Frist ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Es bedarf hier nicht einmal des schwierigen Beweises wie im Falle des § 325 Abs. 1. Die prozessuale Erleichterung für den aus § 325 zurücktretenden Gläubiger ist nach den Motiven der leitende Zweckgedanke der Gesetzesbestimmung gewesen.[5][6]

§ 16.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Erfüllungsverzug.

Wir gelangen zu dem gesetzlichen Rücktrittsrecht beim Verzug des Schuldners. Das römische Recht wie auch das gemeine Recht kannte, wie bereits an früherer Stelle erörtert worden ist, kein Rücktrittsrecht

---

[4]) Mot. Bd. 2 S. 53. — Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist erlischt der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung — § 283 Abs. 1 S. 2 — dafür wird er auch von seiner Leistungspflicht entbunden. Nach Staub zu § 374 Anm. 21 ist die Erfüllung ausgeschlossen und die Rechtslage ist die gleiche wie bei der verschuldeten Unmöglichkeit mit der Maßgabe, daß der Fristablauf die Erfüllung aufhebt; vgl. auch Schöller Bd. 44 S. 625.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 53 f.

[6]) Bewirkt der Schuldner bis zu Ablauf der Frist die Leistung nur teilweise, so ist der Gläubiger auch nur zu einem teilweisen Rücktritt nach Maßgabe des im vorigen Paragraph entwickelten Grundsatzes befugt. Anders freilich, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, in welchem Falle natürlich Rücktritt vom ganzen Vertrage gegeben ist. s. Planck zu § 325.

der nichtsäumigen Partei wegen Verzugs des Schuldners. Es gab nur — wie wir sahen — eine Zurückweisungsbefugnis der verspätet angebotenen Leistung durch den Nichtsäumigen, wenn dem Gegner jedes Interesse an der verspätet dargebotenen Leistung fehlt.[1]) Es war kein reines Rücktrittsrecht.[2]) Wir sahen aber weiter, daß die praktische Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe im Widerspruch zu den Quellen von Fall zu Fall das gesetzliche Rücktrittsrecht bei Verzug der Schuldnerseite ausbildete und daß auch die neueren großen Gesetzgebungswerke, darunter nicht zum wenigsten das alte Handelsgesetzbuch, an der Fortbildung dieses Rechts im Sinne umfassender Gewähr arbeiteten.

Der erste Entwurf brach nun mit dem gemeinrechtlichen Prinzip der bloßen Zurückweisungsbefugnis und gab in enger Anlehnung an die Praxis der Gerichtshöfe im Falle verschuldeter teilweiser Unmöglichkeit und des Verzugs ein Rücktrittsrecht, das er aber von dem Beweise des Mangels an dem Interesse der Leistung abhängig machte.[3]) Die Regelung befriedigte das Bedürfnis des heutigen Verkehrs nicht. Gerade beim Kauf mußte die Bestimmung zu großen Härten führen; es mußte also eine gewaltsame Hemmnis des geschäftlichen Lebens erscheinen, wollte man das Rücktrittsrecht des Gläubigers noch von dem besonderen Nachweis abhängig machen, daß die verspätete Leistung für ihn kein Interesse mehr habe.[4])

Darin hat der 2. Entwurf Änderung geschaffen, indem er sich die Vorschriften des HGB. zum Vorbild nahm, das bereits gewaltig von der Schwerfälligkeit gestrichen und leichtere Formen des Verkehrs eingeführt hatte. Die Regelung des 2. Entwurfs hatte damit auch einen bedeutsamen Abschluß in der Entwicklung der Rechte des Gläubigers

---

[1]) Dernburg II § 41 a. E.; Windscheid II § 280 Anm. 1 u. RGE. 52 S. 265.

[2]) Pauli in Voigts neuem Archiv für Handelsrecht Bd. 3 1862 Nr. 6 „über das Recht vom sogen. Rücktritt vom Kauf". S. 4 sagt, es ist ein Recht, statt des Austauschs von Preis und Ware, dasjenige aus bestehendem Vertrage zu verlangen, worin das durch Säumnis und Verschulden beeinträchtigte und veränderte Interesse des nichtsäumigen Teils besteht; s. Fiebach S. 17.

[3]) Entw. 1 § 369.

[4]) Prot. II Bd. 1 S. 644; Littmann S. 60 f.; vgl. Hoffmann S. 26; Schöller Bd. 44 S. 618; Jacobsohn S. 59 f.

bei Schuldenverzug herbeigeführt und ist daher auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen.[5])

Wir sagten oben, der 2. Entwurf habe sich die Lehren des Handelsrechts zunutze gemacht. Wir können ruhig sagen, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch sie fast wörtlich übernommen, sie zur Lehre des bürgerlichen Rechts gemacht hat, auf welche das neue Handelsgesetzbuch bei der Darstellung des Handelskaufs verweist.[6]) Nur daß das Bürgerliche Gesetzbuch die speziell im alten Handelsgesetzbuch für den Kauf aufgestellten Rechtswirkungen des Verzugs zu einem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge gemacht hat. Gehen wir nun zur Darstellung des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Verzug über, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch geregelt hat.

Der § 326 Abs. 1 S. 1 u. 2 bestimmt:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist. Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen."

Das Gesetz stellt hier zunächst als Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht den Verzug des Schuldners mit der ihm obliegenden Leistung auf. In Verzug kommt der Schuldner, wenn er die Leistung an dem Fälligkeitstermin trotz vorausgegangener Mahnung des Gläubigers nicht erbringt. Der Mahnung wird ein nach dem Kalender sich bestimmender Fälligkeitstermin sowie Zahlungsbefehl und Klageerhebung nach § 284 Abs. 1 Satz 2 gleichgeachtet.[7]) Daß der Verzug

[5]) vgl. die Denkschrift zum BGB. S. 49.

[6]) a. HGB. Art. 355, 356, 359; s. a. Cosack, Handelsrecht Nr. 41 S. 201 f.

[7]) Die Mahnung ist auch hier eine einseitige und empfangsbedürftige Kundgebung des Gläubigers an den Schuldner, daß er auf die Leistung warte. Sie ist überflüssig dann, wenn der Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, er leiste überhaupt nicht; Paech S. 47 § 4, S. 49, 81; ferner Staub, HR. Anm. 12 und 43 zu § 374 (7. Aufl. 1900), die Mahnung erübrigt sich auch, wenn der Schuldner von Anbeginn an sich weigert, seinen Vertragsverpflichtungen nachzukommen, weil das Beanspruchen der Mahnung durch den Schuldner gegen Treu und Glauben verstoßen müßte; vgl. Paech S. 81.

auf einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand zurückgeführt werden muß, ist selbstverständlich und folgt schon aus § 285 BGB. Es bedarf weiterhin der Setzung einer angemessenen Nachfrist zur nachträglichen Bewirkung der Leistung, mit der die Androhung verbunden werden muß, daß die verzögerte Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist abgelehnt werde.

Dieses Erfordernis einer Fristbestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem alten Handelsgesetzbuch entnommen. Nach Art. 356 HGB. mußte der Kontrahent, der infolge von Säumnis des anderen Teils Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage zurücktreten wollte, dies dem Gegner anzeigen und ihm eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung gewähren, wenn der Zweck des Geschäfts dies zuließ.

Das BGB. hat dementsprechend im Abs. 1 des § 326 auch dem Gläubiger eine Fristbestimmung zur Pflicht gemacht. Genauere Vorschriften über die Ausübung des Fristbestimmungsrechts gibt aber auch hier das Gesetz nicht. Es ist nur gesagt, der Gläubiger soll dem säumigen Leistungsschuldner eine angemessene Frist setzen, d. h. ein nach Treu und Glauben zu bemessender Zeitraum, innerhalb dessen es dem Schuldner noch möglich ist, die versäumte Leistung nachzuholen.[8]) Neben den besonderen Umständen des Falles ist selbstverständlich auch das Interesse des Gläubigers mit in Betracht zu ziehen, der sich eine für ihn wertlos gewordene Leistung ja nicht aufdrängen zu lassen braucht, wie auch aus Abs. 2 desselben Paragraphen deutlich hervorgeht.[9])

Eine interessante Frage ist bezüglich der Angemessenheit der Frist gegeben. Es ist in der Literatur Streit darüber entstanden, welchen Einfluß eine zu kurz bemessene Frist auf die Geltendmachung des Wahlrechts des Gläubigers auszuüben vermag. Ausführlich stellt da Planck[10]) den Satz auf, daß die zu kurz bemessene Frist unwirksam und damit der Gläubiger zur Setzung einer neuen angemessenen Frist verbunden ist. Die andere Ansicht sieht von der Unwirksamkeit der

---

[8]) vgl. hierüber Schollmeyer S. 31 f. Anm. 5 zu § 250; Kaufmann Bd. 2 S. 41 Anm. 5 zu § 250; Oertmann a. a. O. S. 4 Anm. 3 zu § 250.

[9]) vgl. Fieback S. 59 f.

[10]) Planck Bd. 1 S. 19 f. Anm. 2 zu § 250.

Fristsetzung ab und läßt, wie Cosack[11]) ausführt, diejenige Nachfrist an Stelle der zu kurz bemessenen Frist treten, welche nach der ganzen Sachlage als angemessen erscheine. Meiner Ansicht nach dürfte man wohl der letzteren Meinung beitreten, von einer Unwirksamkeit der gesetzten Frist, wie sie die erste Meinung annimmt, kann ja die Rede deshalb nicht sein, weil eine Frist in der Tat in Lauf gesetzt ist, mag sie auch zu kurz und nicht angemessen sein, sofern nur der Schuldner ihr nicht von Anbeginn widersprochen hat, in welchem Falle sie natürlich wirkungslos sein muß. Schließlich sei noch erwähnt, daß die Fristsetzung nach § 255 ZPO. auch schon im Urteil aufgenommen werden kann. Daß es einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Schuldner beim Verzug von vornherein seine Erfüllungsverweigerung ausgesprochen und dem Gläubiger gegenüber erklärt hat, folgt schon aus dem Zwecke der Fristbestimmung überhaupt, die ja dem Schuldner noch einmal die nachträgliche Erfüllung möglich machen soll.[12]) Dem Gläubiger würde die Zumutung einer doch zwecklosen Fristbestimmung an den Schuldner nur von Nachteil sein.[13])

Von dem Erfordernis der Fristsetzung ist auch weiterhin in dem § 326 Abs. 2 Abstand genommen: „hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den andern Teil kein Interesse mehr, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung der Frist bedarf." Die Protokolle[14]) führen aus, daß diese Fassung des Gesetzes deshalb zugunsten des Gläubigers getroffen worden wäre, weil die nachträgliche Leistung selbst nicht einmal bei Setzung einer Nachfrist das Interesse des Gläubigers zu befriedigen imstande sei. Eine besondere Fristsetzung wäre hier vollkommen überflüssig. Gefordert wird auch hier, daß das mangelnde Interesse des

---

[11]) Cosack, BR. I S. 348, 404, 405; Lehrb. des HR. S. 202; Denkschr. zum HGB. S. 221; Staub zu § 374 Anm. 75 S. 1292; Dernburg § 98; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 250; Titze § 7 S. 147; Paech S. 157; Schellen S. 43 f.; Planck II Anm. 2 zu § 250 S. 19 f.; Oertmann Anm. 3; ebenda S. 14; Schollmeyer Anm. 5 ebenda; Fiebach S. 60 f.

[12]) Schollmeyer S. 120 ff.; Scherer S. 139; Riedner, DJZ. 1901 S. 44; Schöller in Gruchot Bd. 45 S. 516, 517; Staub zu Art. 356.

[13]) Dernburg II Teil 1 S. 237; vgl. auch die das. in Anm. 9 angeführte Entsch. der Gerichte.

[14]) Prot. I S. 648. Dies war auch die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts; vgl. auch Becker S. 36 f.

Gläubigers an der Erfüllung mit dem Verzuge in Kausalzusammenhang steht.[15])

Mit der Fristsetzung ist nun als weitere Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte aus § 326 Abs. 1 die Androhung zu verbinden, daß die Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist abgelehnt werde.[16]) Das Fehlen dieser Androhung müßte den Gläubiger trotz Ablauf der Frist zur Annahme der Leistung zwingen, wenn er nicht unter Berufung auf den Abs. 2 § 326 den Nachweis mangelnden Interesses an der verzögerten Leistung erbringt. Die Erklärung selbst, die nicht ausdrücklich zu sein braucht, ist eine einseitige formlose Willenserklärung, die dem Schuldner zugegangen sein muß, widrigenfalls sie unwirksam ist. Die Erklärung soll nach der Fassung des § 326 nach Eintritt des Verzugs geschehen, gleichwohl behält eine vorher abgegebene und nicht widerrufene Erklärung auch weiterhin ihre Gültigkeit.[17])

Schließlich wird gefordert, daß die Leistung nach erfolgter Fristsetzung nicht rechtzeitig ist. Rechtzeitig ist die Leistung dann noch, wenn sie vor Ablauf der angemessenen Frist vom Schuldner erbracht wird bezw. wenn im Falle der zu kurz bemessenen Frist der Schuldner die Leistung zulässigerweise noch innerhalb der an ihrer Stelle ipso iure tretenden angemessenen weiteren Nachfrist leistet.

Nun noch zu den Rechten, die unter diesen gegebenen Voraussetzungen dem Gläubiger zustehen.

Wählt der Gläubiger den Rücktritt, so wird der Vertrag mit rückwirkender Kraft aufgehoben. Ein daneben etwa geltend zu machender Schadensersatzanspruch ist gesetzlich nicht zulässig. Denn so bemerkt treffend Schöller[18]): „Es kann und soll nicht verkannt werden,

---

[15]) s. Paech S. 162; Planck zu § 325; Neumann zu § 326. Ist der Wegfall des Interesses eine Folge anderer Umstände, so ist kein Rücktritt gegeben.

[16]) Welche Wahl der Gläubiger für den Fall der Nichtleistung innerhalb gesetzter Frist treffen werde, braucht er in der Erklärung jedoch nicht anzuzeigen, es genügt die Erklärung, die Leistung nach fruchtlosem Ablauf der Frist nicht mehr „annehmen" zu wollen; vgl. Becker S. 35 u.

[17]) Dernburg Bd. 2 Teil 1 S. 238 Abs. 3.

[18]) Gruchot Bd. 45 S. 518; a. M. Cosack, der den wegen Lieferungsverzug des Verkäufers zurücktretenden Käufer ein negatives Vertragsinteresse fordern läßt (Bd. 1 S. 408).

daß das Gesetz den Rücktritt und den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse insofern als unvereinbar betrachtet, als es dem Rücktrittsrecht ganz allgemein den Begriff eines vollständigen Verzichts auf alle Rechte aus dem gegenseitigen Vertrag unterlegt und ihn so im Gegensatz zum Schadensersatz als einer besonderen Art der Vertragserfüllung bringt. Mit dieser nun einmal vorhandenen Eigentümlichkeit des Gesetzes muß gerechnet werden. Aber gerade weil das Rücktrittsrecht einen solchen vollständigen Verzicht notwendig in sich schließt, und das bloße Abstehen von der Naturalerfüllung kein Rücktritt im Sinne des Gesetzes ist, kann von Nebeneinandergewährung von vertraglichem Schadensersatz und Rücktritt überhaupt nicht die Rede sein; wie immer man sich auch die Gestaltung des ersteren denkt, denn Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist und bleibt ein Stehenbleiben bei dem Vertrage, auch wenn man ihn als positives Erfüllungsinteresse auffaßt, Rücktritt dagegen bedeutet vollständige Aufhebung des Vertrages." [19])

Eine Zeit, binnen welcher der Gläubiger die Wahl zwischen den ihm zustehenden Rechten zu treffen hat, ist vom Gesetze nicht bestimmt. Der § 327 S. 1 verweist nur bezüglich der Geltendmachung des Rücktrittsrechts auf die §§ 346—356, die bereits oben besprochen sind. Insbesondere sei nochmals auf die Bestimmung des § 355 hingewiesen, die lediglich im Interesse des Schuldners gegeben ist und einer ungerechtfertigten Hinausschiebung der Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger vorbeugen soll. [20])

Schließlich ist noch der Fall des Verzugs bezüglich eines Teils der Leistung zu erwähnen. Der § 326 Abs. 1 S. 3 sagt:

„Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 S. 2 entsprechende Anwendung", d. h. der Rücktritt des Gläubigers vom ganzen Vertrag ist gestattet, wenn er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse mehr hat und dies beweisen kann. [21]) Im übrigen gilt dasselbe wie bei der teilweisen Unmöglichkeit, auf deren Darstellung in § 14 verwiesen wird.

---

[19]) vgl. auch Mot. II S. 209 und Dernburg Bd. 2 T. 1 S. 241.

[20]) vgl. Staub II S. 1306 und 1307.

[21]) Kann der Nichtsäumige daher den Nachweis eines mangelnden Interesses an der teilweisen Erfüllung nicht führen, so wird der Rücktritt folgerecht auch nur in Ansehung der verspäteten Leistung erfolgen können — vorausgesetzt, daß die Erfüllung des Vertrages teilbar ist; vgl. Art. 359 DHGB.; s. auch Kisch S. 160 ff.

§ 17.

Schluß.

Wir haben nun die besprochenen Fälle dieses allgemeinen Rücktrittsrechts, wie wir sie bei der Besprechung der §§ 325 u. 326 BGB. kennen gelernt haben, rücksichtlich ihrer Anwendbarkeit auf den Kauf zu prüfen, ehe wir noch auf die besonders aufgestellten Rücktrittsrechtsbestimmungen des Kaufs zu sprechen kommen. Wir können den Satz aufstellen, daß die Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim gegenseitigen Vertrage, also bei völliger und teilweiser Unmöglichkeit und völligem wie teilweisem Verzug der Leistung auch auf den Kauf als die typischste Form des gegenseitigen Vertrages Anwendung finden. Das wird überhaupt für die vom Gesetze besonders normierten Fälle der gegenseitigen Verträge gelten müssen, wenn nicht besondere Ausnahmebestimmungen getroffen sind.

Das Gesetz selbst greift nun auf die allgemeinen Bestimmungen — also auch auf das Rücktrittsrecht — des gegenseitigen Vertrages zurück, wenn es im § 440 Abs. 1 ausdrücklich und unter Hinweis auf die §§ 320—327 des BGB. sagt: „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Verkäufers nach den Vorschriften der §§ 320—327. Hierauf aber ist später einzugehen. Eine Ausnahme hat das Gesetz indessen getroffen, wenn es im § 454 bestimmt: „Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.“ Der Zweck der Bestimmung ist, einer unbilligen Belastung des Käufers durch den Verkäufer vorzubeugen,[1]) wenn man berücksichtigt, daß der Käufer bereits Verfügungen über die Sachen getroffen haben kann und sie nun für den Fall eines Rücktritts des Verkäufers wieder rückgängig machen bezw. Schadenersatz dafür leisten müßte. Dann aber ist auch, wie die Protokolle hervorheben, aus der Stundung des Kaufpreises verbunden mit der Erfüllung des Vertrages ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht zu entnehmen, wie ja überhaupt das in den §§ 325 Abs. 2 und 326 BGB. ausgesprochene Rücktrittsrecht dem Prinzip folgt, daß bei gegenseitigen Verträgen meist Zug

[1]) Prot. II Bd. 2 S. 70, 71; Goldmann-Lilienthal S. 514 f.

um Zug Erfüllung zu erfolgen habe oder wenigstens Leistung in Erwartung der Gegenleistung erfolge. Mit der Stundung aber löse sich der innere Zusammenhang zwischen Lieferung der Ware und Zahlung des Kaufpreises.[2])

Weitere Voraussetzungen sind hier die Stundung des Kaufpreises, also die dem Käufer gewährte Zahlungsfrist, die ihm gestattet, erst nach Lieferung des Verkäufers zu leisten. Ferner muß die vollständige Erfüllung des Vertrages vorliegen. Bei teilweiser Erfüllung ist nach der Ansicht der Mehrzahl der juristischen Schriftsteller auf Grund der §§ 325 Abs. 2 und 326 das Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen.[3]) Zweifelhaft und streitig ist es, ob § 454 nur für den Fall der Stundung des ganzen Kaufpreises gelten solle oder ob die Bestimmung eine analoge Anwendung auf die teilweise Stundung zulasse, so daß ein teilweises Rücktrittsrecht sich ergäbe.[4]) Auf die Streitfrage ist hier nicht einzugehen. Die Ansicht der meisten Schriftsteller neigt dahin, bei teilweiser Stundung des Kaufpreises überhaupt die Annahme einer Stundung und damit die extensive Ausdehnung des § 454 abzulehnen.[5]) Schließlich schließt der § 454 das Rücktrittsrecht aus § 325 Abs. 1 nicht aus, was ja wohl beim Kauf als Vertrag über Ware und in Geld bestehendem Kaufpreis nicht in Betracht kommen wird.

Den Beweis, daß die Voraussetzungen des § 454 erfüllt sind, daß also dem Verkäufer auf Grund dieser Bestimmungen das Rücktrittsrecht nicht zusteht, hat der Käufer zu führen, falls der Käufer bestreiten sollte.[6])

---

[2]) Prot. II Bd. 2 S. 70 f.; a. M. Paech S. 270; vgl. auch Prot. Bd. 2 S. 652; Denkschrift S. 49.

[3]) Planck Bd. 2 S. 242 Anm. 2a zu § 454; Oertmann Bd. 2 S. 176 Anm. 1 zu § 454; Cosack Bd. 1 S. 447 Ziff. 3.

[4]) vgl. Matthiaß I S. 514; Dernburg Bd. 2 Teil 1 S. 365 Abs. 4.

[5]) Oertmann zu § 454; Planck zu § 454 Anm. 2b.

[6]) Oertmann zu § 454 Anm. 3; s. auch Planck zu § 454.

Drittes Kapitel.

Das speziell in der Lehre vom Kauf aufgestellte gesetzliche Rücktrittsrecht.

§ 18.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht wegen Mängel im Recht.

Wenn hier von einem speziell für die Kauflehre aufgestellten Rücktrittsrecht gesprochen werden soll, so läßt dies nur die Frage aufkommen, ob denn neben den besprochenen Fällen eines allgemeinen gesetzlichen Rücktrittsrechts, die, wie wir bereits erwähnten, auf den Kauf Anwendung finden, noch ein für besondere Tatbestände zugelassenes Rücktrittsrecht aufgestellt ist. Die Frage ist zu bejahen bezüglich des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei Rechtsmängeln, sie stößt auf Bedenken bei dem eigenartigen Recht auf Wandlung bei Sachmängeln, deren Natur sehr bestritten ist. Gänzlich beseitigt ist das im gemeinen Recht noch vorhanden gewesene Rücktrittsrecht wegen laesio enormis, das für das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bedeutung mehr hatte, wie die Motive ausführen.[1])

Das gesetzliche Rücktrittsrecht, wegen Mängel im Recht, das der § 440 Abs. 1 BGB. mit den Worten wiedergibt:

„Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433, 437, 459 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327" möchte durch die Rückverweisung auf die besprochenen allgemeinen Fälle der §§ 325 und 326 als überflüssig erscheinen, zumal der Kauf als Haupterscheinungsform eines gegenseitigen Vertrages den Regeln desselben unterworfen sein muß. Doch wird von den Protokollen[2]) die ausdrückliche Aufnahme damit begründet, daß die Gemeinverständlichkeit des Gesetzbuches und das Prinzip der genauen Fixierung der Rechte und Pflichten des Käufers den nochmaligen Hinweis auf die Bestimmungen des gegenseitigen Vertrages als vorteilhaft haben erscheinen lassen.

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 321.

[2]) Prot. II Bd. 1 S. 661; s. auch Planck zu § 440.

Es dürften auch die im Abs. 2 des genannten Paragraphen, sowie die in § 441 enthaltenen Ausnahmebestimmungen (Beschränkungen des Schadensersatzes) den Anlaß zu einer Rückverweisung gegeben haben. Berücksichtigt man diese Tatsachen sowie den Umstand, daß die Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts bei Rechtsmängeln, entgegen den allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326, erheblich erweitert bezw. geändert sind, so rechtfertigt es sich, von einem speziell für die Kaufleute aufgestellten Rücktrittsrecht wegen Mängel im Recht zu sprechen.

Welches sind nun die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht? Die Frage läßt sich nur beantworten, wenn wir die Pflichten des Verkäufers ins Auge fassen, die, wenn sie nicht gehörig erfüllt sind, den Rücktritt begründen.

Das Gesetz sagt, der Verkäufer hat die nach den §§ 433, 437, 439 BGB. ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen. Dies umfaßt zwei Hauptverbindlichkeiten,[3]) nämlich die Übergabe des Besitzes und sodann das Verschaffen des Eigentums (§ 433 Abs. 1). In dem Verschaffen des Eigentums ist die Pflicht des Verkäufers, den Gegenstand frei von Rechten Dritter zu leisten, einbegriffen (§ 434). Beim Verkaufe eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück ist ferner der Verkäufer verpflichtet, im Grundbuch eingetragene oder nicht bestehende Rechte auf seine Kosten löschen zu lassen, wenn sie im Fall ihres Bestehens die dem Käufer zustehenden Rechte beeinträchtigen würden. Das gleiche gilt bei dem Verkauf eines Schiffes oder Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte (§ 435). Bei Verkäufen beweglicher Sachen trifft den Verkäufer die Pflicht, dieselbe frei von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten zu liefern, bei Verkauf einer Forderung oder sonstigen Rechts für den zur Zeit des Vertragsschlusses gültigen rechtlichen Bestand zu haften und wie die Verpflichtungen sonst noch im einzelnen geregelt sind.

Mit der Verpflichtung der Rechtsverschaffung geht die zur Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft über die Kaufsache Hand in Hand.

Diese Verbindlichkeiten hat der Verkäufer mangels anderweitiger Abmachung nun vollständig zu erfüllen, so daß bei dem Mangel einer

---

[3]) vgl. Matthiaß, BGB. Teil 1 § 105 S. 488ff.; Petri S. 23ff.; Dernburg II § 180 S. 39ff.

dieser Vertragsverpflichtungen keine Erfüllung vorliegt, wir es dann im Sinne des Gesetzes mit völliger oder teilweiser Unmöglichkeit zu tun haben.[4])

Die Nichterfüllung oder die teilweise Nichterfüllung berechtigt den Käufer neben den anderen Rechten zum Rücktritt nach §§ 325 und 326 BGB.

Je nachdem nun die Unmöglichkeit der Leistung bereits bei dem Vertragsschlusse bestanden hat oder in einem späteren Zeitpunkt eingetreten ist, haben wir auch hier zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu scheiden,[5]) und es ist m. A. nach nicht richtig, wenn Littmann S. 102 behauptet, es müsse bei den Ansprüchen wegen Mängel im Recht von einer Scheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit abgesehen werden,[6]) wenn ihm auch darin zuzustimmen ist, daß bei der Regelung der Gewährleistungsansprüche wohl in erster Linie an den häufigeren Fall des bereits beim Kaufabschlusse bestehenden Unvermögens gedacht wird. Es ist auch fernerhin zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Unmöglichkeit zu scheiden; wenn auch in Erweiterung der früher erörterten Grundsätze der Verkäufer regelmäßig jede sich auf einen Mangel im Rechte gründende Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat. Eine Erweiterung der früher erwähnten Bestimmungen ist es schließlich, wenn bei ursprünglichem Unvermögen nicht Nichtigkeit gemäß § 306 BGB. eintritt, sondern der auf die subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Kaufvertrag demnach Gültigkeit behält und dem Käufer ein Rücktrittsrecht einräumt.[7])

Für die anfängliche Unmöglichkeit haftet der Verkäufer in der Regel unbedingt.[8]) Bei der nachträglich, d. h. nach dem Vertragsschluß

---

[4]) A. M. Titze S. 44 ff., der jede dieser Verpflichtungen für so wesentlich hält, daß bei dem Fehlen einer derselben totale Unmöglichkeit vorliegt.

[5]) vgl. Planck II zu § 440; Fiebach S. 90 f.

[6]) s. auch Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 10 f.

[7]) vgl. Mot. II S. 216, 220 . . . nach dem Verschaffungsprinzipe hat der Veräußerer gemäß den Grundsätzen über die Haftung des Schuldners für das anfängliche subjektive Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden vollen Schadensersatz zu leisten, eine Beschränkung dieser Haftpflicht wäre inkonsequent und prinzipwidrig.

[8]) Planck II Anm. 3 zu § 440; Titze S. 265, 266; Prot. II Bd. 2 S. 661; Mot. S. 216. Für die Rechtsverschaffung haftet der Verkäufer nach den Grundsätzen, welche für das Einstehen des obligatorisch Verpflichteten für das anfängliche

eintretenden Unmöglichkeit zur Rechtsverschaffung muß indessen unterschieden werden, ob der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand vom Käufer oder vom Verkäufer oder von keinem von beiden zu vertreten ist.[9]) Eine unbedingte Haftung auch für die zwischen Vertragsschluß und Erfüllung etwa entstehenden Rechtsmängel, wie sie von einigen angenommen wird,[10]) rechtfertigt sich nicht.

Einmal steht dem die Bezugnahme des § 440 Abs. 1 auf den § 325 — woselbst von vertretbarer Unmöglichkeit ausdrücklich gesprochen wird — sowie auch die Bezugnahme auf den § 323 BGB. entgegen, die vollständig überflüssig wären, wollte man die unbedingte Haftung des Verkäufers für die nachträglich eintretenden Rechtsmängel aufrechterhalten.[11]) Auch die Protokolle heben hervor, daß es bei der nachträglichen Unmöglichkeit zur Rechtsverschaffung darauf ankäme, ob die Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstand beruhe oder nicht.[12]) Eine unbedingte Haftung müßte dem Verkäufer der Willkür des Käufers gänzlich preisgeben.

Nach § 440 Abs. 1 bemessen sich nun die Rechte des Käufers im Falle von Mängeln in der Rechtsverschaffung nach den Vorschriften der §§ 320 ff.

Kann der Verkäufer bereits zur Zeit des Vertragsschlusses weder nach der rechtlichen noch nach der tatsächlichen Seite hin seinen Pflichten

---

subjektive Unvermögen ausschlaggebend sind, nach Maßgabe der im Vertrag begrifflich und unmittelbar wohnenden Garantieleistung für die Verschaffung des Rechts; vgl. dazu Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 4. Aus der aus §§ 325 und 326 sich ergebenden Vertretungspflicht des Schuldners folgt nicht, daß bei ursprünglichem Unvermögen des Verkäufers zur Rechtsverschaffung ein Verschulden desselben erforderlich ist. Denn § 325 setzt ein Zuwiderhandeln gegen eine bereits bestehende vertragsmäßige Verpflichtung voraus, bei ursprünglichem Unvermögen kann es sich dagegen stets nur um ein Verschulden beim Vertragsschluß, d. h. um ein Vertragschließen trotz Kennens oder Kennenmüssens des vorhandenen Mangels handeln.

[9]) Planck II zu § 440 Anm. 4.

[10]) Scholtmeyer, Einzeldarstellungen S. 10 und 11; Petri S. 50 f. Dem entgegen Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 5 f.; Titze S. 265 f. und die von ihm zitierten Schriftsteller.

[11]) Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 5 f. und die von ihm zitierten Schriftsteller.

[12]) Prot. II Bd. 2 S. 666, 656.

nachkommen, ist es ihm also unmöglich, Eigentum und Besitz zu verschaffen, so liegt eine völlige Nichterfüllung vor, die dem Käufer das Recht gibt, wegen vollständiger Unmöglichkeit oder Verzug nach §§ 325, 326 BGB. vom Vertrage zurückzutreten. [13])

Liegt der Fehler darin, daß zwar Besitz, nicht aber Eigentum verschafft ist, oder ist die Rechtsverschaffung eine mangelhafte — man denke z. B. an dingliche Belastung der Sache — dann kann man bloß von einer teilweisen Nichterfüllung reden. Ein Rücktritt von dem ganzen Vertrage wird sich indessen hier nur dann rechtfertigen lassen, wenn die teilweise Erfüllung für den Käufer kein Interesse hat, und er wird ihm ferner dann zuzubilligen sein, wenn der Verkäufer ihm nicht innerhalb einer ihm wirksam gesetzten Frist nach rechtskräftiger Verurteilung ordnungsgemäß leistet oder wenn er in Verzug gerät, [14]) vgl. §§ 325 Abs. 2, 283, 326 BGB.).

Auch hier ist wieder die Frage nach der Zulässigkeit einer teilweisen Rücktrittsbefugnis — wie wir sie bereits auf S. 60 u. 61 vorliegender Arbeit berührten — heranzuziehen. Wir erinnern uns, daß wir teilweisen Rücktritt in dem Falle für gegeben erachteten, wenn der Gläubiger an dem noch möglichen Teil der Leistung noch Interesse hatte. Wir müssen auch hier dieses teilweise Rücktrittsrecht zugestehen, wenngleich derartige Fälle wohl als außerordentlich selten vorkommend zu gelten haben. [15])

Eine Ausnahme von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht bei Mängeln im Rechte stellt der § 439 Abs. 1 BGB. auf. Wirkliche Kenntnis des Mangels der Kaufsache zur Zeit des Kaufabschlusses — die der Verkäufer gegebenenfalles zu beweisen hat — [16]) nimmt dem Käufer das Recht des Rücktritts, wovon jedoch der Abs. 2 des genannten Paragraphen eine Ausnahme macht, wenn er sagt, daß der Verkäufer eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder ein Pfandrecht auch

---

[13]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 216; Schöller in Gruchot Bd. 45 S. 558 f., Bd. 46 S. 2 ff.; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 385.

[14]) vgl. Planck zu § 440 Anm. 4; Schöller in Gruchot Bd. 45 S. 538; a. M. Kisch S. 166 f. und Titze S. 44 f., 264, 271, der insbesondere in Anm. 17 S. 44 die Meinung Plancks bekämpft.

[15]) vgl. Littmann S. 104 oben; Petri 70 hält einen teilweisen Rücktritt für nicht möglich, wenn nicht der Vertrag ein teilbarer ist.

[16]) Planck zu § 439 Anm. 1; Neumann zu § 439; Motive Bd. 2 S. 215 f.

dann zu beseitigen hat, wenn der Käufer die Belastung kennt. Das gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte.

Andere Ausnahmen von der Zulässigkeit des Rücktrittsrechts enthalten z. B. die §§ 2376 BGB. und § 806 ZPO.

Ähnlich wie das Rücktrittsrecht bei Mängeln in der Rechtsverschaffung der gekauften Sache gestaltet sich das Rücktrittsrecht bei solchen in der Rechtsverschaffung beim Verkauf eines Rechts.

Der § 437 BGB. bestimmt: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts. Der Verkäufer eines Wertpapieres haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist."

Hat der Verkäufer eine nicht bestehende Forderung oder ein nicht vorhandenes Recht zum Objekt des Kaufes gemacht, so könnte man im Zweifel sein, ob man es mit einem Vertrag über eine unmögliche Leistung, der gemäß § 306 BGB. Nichtigkeit erzeugte, zu tun hat, oder ob trotzdem ein vollgültiger Vertrag vorliegt, der nach §§ 325, 440 Abs. 1 in Verbindung mit § 433 Abs. 1 wegen Unmöglichkeit ein Rücktrittsrecht gewährt. Die Zweifel sind in letzterem Sinne zu entscheiden. Es liegt ein vollgültiger Vertrag vor, der kraft der unbedingten Haftung des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 in Verbindung mit § 437 BGB. ein gesetzliches Rücktrittsrecht dem Käufer gewährt, einerlei, ob der Mangel auf eine anfängliche objektive oder anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung zurückzuführen ist.[17])

Unbedingt ist die Haftung des Verkäufers aber nur im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufes.[18]) Ein später eintretendes Unmöglichwerden wird nach den oben entwickelten Grundsätzen nur dann einen

---

[17]) vgl. Planck zu § 437; Dernburg II Abt. 2 S. 46, IV; Titze S. 268 unten, derselbe sagt S. 64, daß bei Unmöglichkeit der Leistung wegen mangelnden Bestandes wohl von „objektiver" Unmöglichkeit gesprochen werden könnte, weil es ähnlich wie im Falle der Nichtexistenz der körperlichen Sache an dem Objekt der Schuldverbindlichkeit fehle, als auch „subjektive" Unmöglichkeit angenommen werden könnte, weil es sich auch argumentieren lasse, daß es anderen Personen als dem Schuldner vielleicht möglich gewesen wäre, das Recht zu begründen. Diese Alternation sei schwer zu entscheiden.

[18]) Planck II zu § 437; Neumann zu § 437.

Grund zum Rücktritt geben, wenn der Verkäufer diesen Umstand zu vertreten hat.[19])

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, daß es in den besprochenen Fällen des Rücktrittsrechtes wegen Mängel im Rechte für die Zulässigkeit desselben auf eine Entwehrung nicht ankommt. Der erste Entwurf[20]) machte die Gewährleistung noch abhängig von der Eviktion. Der zweite Entwurf beseitigte jedoch dieses Erfordernis und behandelte die Gewährleistung als einen Teil der eigentlichen Erfüllung. Diesem Standpunkte folgte auch das Gesetz. Es bedarf jetzt keiner Besitzentsetzung mehr, die bloße Tatsache der Nichterfüllung der Vertragspflichten genügt, um dem Käufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu geben.[21])

§ 19.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht beim Kauf wegen Mängel in der Beschaffenheit der Kaufsache. Die Wandlung.[1])

Im Gegensatz zu der im vorigen Paragraphen besprochenen Rücktrittsbefugnis des Käufers bei Rechtsmängeln, die, wie wir sahen, auf die allgemeinen Grundsätze des Rücktrittsrechts beim Vertrage zurück-

---

[19]) Planck ibid.; Dernburg ibid.; vgl. auch das früher Gesagte.

[20]) Entw. 1 § 374; s. Mot. II S. 216, 220 f.; Planck II zu § 440 Anm. 4; Petri S. 40 f.

[21]) Eine sogen. Quasieviktion tritt uns indessen entgegen, wenn eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben ist und an dieser Sache ein Recht besteht, das zum Besitze der Sache berechtigt. Sie ist aber nur für eine Schadensersatzfrage von Wichtigkeit, weshalb hier nicht weiter darauf einzugehen ist; vgl. §§ 440 Abs. 2—4, 441; Planck zu §§ 440, 441; Titze S. 171 f.; Matthiaß I S. 494.

[1]) Zu dem Folgenden sind hauptsächlich die einschl. Paragraphen der Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von Cosack, Crome, Endemann, Enneccerus-Lehmann, Dernburg, Goldmann-Lilienthal, Heilfron; die Kommentare von Planck, Neumann, Oertmann, Meisner, Schollmeyer, Staudinger, Rehbein über §§ 459 ff. sowie die Motive zum BGB. benutzt worden. Außerdem kamen zur Anwendung Oertmann, Zur Lehre von der Wandlung in Soergels „Recht" 1904 S. 4 ff. und die daselbst zitierte Literatur; ferner Heymann in Gruchot Bd. 46 S. 510; insbesondere auch Staub, Kommentar zum HGB. S. 1358 f.

greifen, hat das BGB. bezgl. der Rechte bei Sachmängeln eine eigenartige Regelung getroffen.

Der § 459 sagt:

„Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat."

Des weiteren bestimmt der § 462:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459 und 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Schließlich sagt § 465:

„Die Wandlung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt!"

Fassen wir diesen letzten Paragraphen ins Auge, der mit klaren Worten ausdrückt, daß nicht die einseitige Erklärung die Aufhebung des Vertrages bewirken kann, daß vielmehr zur Rückgängigmachung des Kaufes ein diesbezüglicher Antrag des Käufers erforderlich ist, mit dem sich der Verkäufer einverstanden erklären muß, so stoßen wir doch hier auf Konstruktionen, die zu den erläuterten Prinzipien des Rücktrittsrechts, zu seinem bisher entwickelten Begriff und Wesen in krassem Widerspruch stehen. Die bloße Gestaltung der Wandlung als Anspruch — der als solcher der Verjährung unterliegt § 477 —, die Abhängigmachung ihrer Wirksamkeit vom Einverständnis des Gegners und das darin liegende Vertragsmoment, die Tatsache, daß das bloße Vorhandensein von den den Wert der Kaufsache beeinträchtigenden Mängeln ohne Rücksicht auf Verschulden, das Recht auf Wandlung zugesteht, spricht gegen die Unterstellung der Wandlung unter den entwickelten Begriff eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Vertrage. Denn Rücktritt bedeutet, um es hier noch einmal zu wiederholen, das Recht einer Partei, durch „einseitige" empfangs-

bedürftige Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner das Schuldverhältnis mit der Wirkung ex tunc aufzuheben.

Ganz anders hier im BGB., wo von der „Wandlung" als „Rückgängigmachung" des Kaufes gesprochen wird. Zwar war auch hier bezgl. der Gestaltung der Rechte bei dem Vorhandensein von Sachmängeln unter den Redaktoren lebhaft Streit. Unter dem Einflusse des gemeinen Rechts stehend, hatte noch der erste Entwurf zum BGB. [2]) der einseitigen Erklärung des Käufers, daß er wandele, volle Wirksamkeit beigemessen.

Es erklärte nämlich der § 384 des Entwurfes 1 die §§ 208, 209 Abs. 1 für entsprechend anwendbar, nach welchen sich die Wandlung durch einseitigen unwiderruflichen Willensakt vollzieht. Die Beratungen der 2. Kommission gerieten indessen in Widerstreit, ob man das Recht des Käufers als Rücktrittsrecht, durch einseitige Erklärung des Käufers, oder als einen — einer kurzen Verjährung unterworfenen — Anspruch konstruieren solle. [3]) Die letztere Meinung siegte und so bestimmten denn die Protokolle [4]): „Der (neue) Entwurf konstruiere das Recht auf Wandlung nicht als das Recht durch einseitige Erklärung den Vertrag zur Auflösung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diesen gerichteten Vertragsantrages verlangen könne."

Für diese Konstruktion der Wandlung hat sich auch das BGB. entschieden, wenn es bestimmt, daß sich die Wandlung durch übereinstimmende Willenserklärung der Beteiligten, also durch Abschluß eines Wandlungsvertrages vollzieht.

Vollzogen aber ist die Wandlung, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit derselben einverstanden erklärt. [5])

Weigert der Verkäufer die Annahme des Wandlungsantrages, zu der er unter den gegebenen Voraussetzungen verpflichtet ist, so kann diese Einwilligung in das Wandlungsbegehren nötigenfalls auf gericht-

[2]) Entwurf 1 § 384.
[3]) Prot. II Bd. 1 S. 674 ff.
[4]) Prot. II Bd. 1 S. 676 ff., 708 ff.; Littmann S. 107 f.
[5]) § 465 BGB.

lichem Weg erzwungen werden; mit der Rechtskraft des Urteils gilt alsdann die Willenserklärung als abgegeben. [6])

Diese Auffassung von Vertragsnatur der Wandlung hat indessen in der Literatur viele Gegner gefunden.

Es ist auf diese Streitfrage, die eine eingehende Erörterung bei Oertmann [7]) gefunden hat, hier nicht näher einzugehen, da wir von vornherein sagten, daß von der Wandlung nicht im Sinn eines gesetzlichen Rücktrittsrechts gesprochen werden kann, wie immer man sich den Begriff und das Wesen derselben konstruiert. Hervorgehoben seien nur die Hauptpunkte, auf welche die Mehrzahl der Gegner ihre Behauptungen stützen, um die Theorie von der Vertragsnatur der Wandlung zu bekämpfen. Die Erwähnung der Streitpunkte soll zugleich die Gegensätze zwischen Wandlung und Rücktrittsrecht näher beleuchten.

Die Gegner bestreiten zunächst, daß das Wandlungsbegehren ein Vertragsantrag sei, da er als solcher mangels Annahme nach § 147 BGB. wieder erlöschen müßte.

Diese Behauptung widerlegt Oertmann [8]) mit der Begründung, daß der von den Gegnern herangezogene § 147 BGB. nur dispositive Bedeutung habe, wie aus § 148 BGB. deutlich hervorgehe. Dazu sei das Wandlungsbegehren eine Offerte ganz besonderer Art, es übe hier der Käufer ein ihm bereits zustehendes Recht damit aus und es sei nicht anzunehmen, daß er diese Rechtsausübung nur bis zur „widerspruchslosen Pflichterfüllung des Gegners, als welche sich hier die Annahme der Offerte darstelle" zur Geltung bringen wolle.

Des weiteren soll nicht der Käufer zugleich auf Wandlung und Rückgabe des Preises demnächst klagen können, da der Rückgewähranspruch erst nach der Rechtskraft des Urteils auf Zustimmungserklärung erhoben werden könnte. [9]) Die Anstrengung zweier Prozesse,

---

[6]) vgl. ZPO. § 894; Siméon S. 373; Littmann S. 108.

[7]) Oertmann, Zur Lehre von der Wandlung im Recht 1904 S. 4 ff.

[8]) Oertmann S. 4; ähnlich auch Matthiaß I S. 386; vgl. Littmann S. 109.

[9]) Heymann S. 526; Matthiaß Bd. 1 S. 500; Eccius in Gruchot Bd. 43 S. 305 ff.; Staub § 377 Anm. 44; Littmann S. 109; Dernburg II, 1 S. 58.

die erhebliche Verzögerung in den Akt der Wandlung brächten, sei die „unleidliche“ Konsequenz der Vertragstheorie.

Auch diese Behauptungen treffen nicht zu. Eine Kumulation beider Klagen ist — wie die Protokolle bemerken[10]) — nicht unzulässig und eine Erfüllung aus der Wandlung ist gemäß §§ 259, 895 ZPO. als selbständiger Anspruch auf zukünftige Leistung durchaus gerechtfertigt, da die Weigerung der Annahme des Wandlungsbegehrens berechtigte Zweifel über die rechtzeitige Erfüllung gibt.[11])

Ferner fehlt es auch im Sinne der Vertragstheorie nicht an einem Rechtsgrunde für die Rückgabepflicht, denn, so sagt Oertmann mit Recht, es ist die Rückgabepflicht als selbständige Folge der Wandlung anzusehen; hat der Käufer auf diese einen gegenwärtigen Anspruch, so ist auch über die Entstehung der Rückgabepflicht schon entschieden, sofern nur der Käufer wirklich einen — auf Wandlung gerichteten — Willen hat.[12])

Schließlich wollen die Gegner in dem Anspruch auf Wandlung nur den Rückgewähranspruch verstanden wissen, der auch durch Klage auf Rückgabe und Zurücknahme, sowie durch Einrede geltend gemacht werden könnte.[13])

Auch diese Behauptung wird man zurückweisen dürfen, da von der Rückgängigmachung des Kaufes — von welcher der § 462 BGB. allein redet — streng die Rückgängigmachung der zur Erfüllung des Kaufes vollzogenen Leistungen zu trennen ist.[14])

Ferner erklärt auch § 479 BGB., der nur eine Aufrechenbarkeit des Schadensersatzanspruches kennt,[15]) die Unzulässigkeit der Annahme von der Wandlung als Rückgewähranspruch.

---

[10]) Prot. Bd. 1 S. 680.

[11]) Oertmann S. 5; Kuhlenbeck Bd. 2 S. 260 Anm. 1; Windscheid Bd. 1 S. 657; anders Flechtheim in Gruchot Bd. 44 S. 74: „Der Eintritt der Wandlung ist condicio iuris für den Anspruch auf Rückleistung. Aber diese ist erfüllt mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung. Denn mit der Rechtskraft tritt nach § 779 ZPO. die Fiktion der Abgabe der Erklärung und damit die Entstehung des Rückforderungsrechts ein.“

[12]) Oertmann S. 5.

[13]) Es ist dies hauptsächlich Heymann S. 526; Eccius in Gruchot Bd. 43 S. 305 ff.

[14]) Oertmann S. 6.

[15]) Oertmann cod. Neumann zu § 479 BGB.; Planck zu § 479 BGB.

Wäre schließlich der Abspruch auf Wandlung identisch mit dem Anspruch des Käufers auf Rückgängigmachung, so müßte auch letzterer nach § 477 BGB. der kurzen Verjährung unterliegen.[16])

Man wird der Vertragstheorie bzgl. der Wandlung den unbestrittenen Vorzug gegenüber allen anderen Konstruktionen geben müssen. Sie allein bewegt sich auf dem Boden des Gesetzes, sie allein stützt sich auf die überzeugende Mehrzahl der juristischen Schriftsteller.

Diese Vertragskonstruktion, wie sie uns in der Natur der Wandlung gegenübertritt, steht in scharfem Gegensatze zu dem Rücktrittsrecht.

Die Wandlung ist kein Rücktrittsrecht und die Bezeichnung derselben als Rücktritt wäre eine grobe Unrichtigkeit. Von den zahlreichen Gegnern der Vertragskonstruktion hat bisher auch noch niemand diese Meinung zu vertreten gewagt, wenn auch — wie Oertmann sagt[17]) — mit dieser Konstruktion sofort ein „glattes und faßliches" Resultat erzielt würde.

Aber das Gesetz selbst lehnt sich ja gegen die Konstruktion der Wandlung als Rücktrittsrecht auf. So unterliegt es keinem Zweifel, daß nach § 465 BGB. die einmal abgegebene Wandlungserklärung dem Käufer nicht sein ius variandi nimmt, was der Fall sein würde, wenn man der einseitigen Wandlungserklärung rechtliche Wirksamkeit beilegte. So muß es doch auffallen, daß das Gesetz von einem Anspruch auf Wandlung — vgl. die §§ 477, 478, desgl. 489, 490 BGB. —, nicht von einem „Recht des Rücktritts", das wir am Eingang dieser Arbeit als ein Recht rechtlichen Könnens bezeichneten, spricht. So unterliegt dieser Wandlungsanspruch einer Verjährung, während der Ausübung des Rücktrittsrechts höchstens eine Frist gesetzt werden kann.

Während ferner der § 467 BGB. auf die Wandlung die meisten Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht für anwendbar erklärt, nimmt er den § 349 ausdrücklich aus. Es ist dies gerade die Bestimmung, wonach das Rücktrittsrecht durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner ausgeübt wird.

---

[16]) Oertmann S. 30; Windscheid II S. 657; Titze S. 281, s. besonders Anm. 54 dess.

[17]) Oertmann S. 29.

Man könnte in der Geltendmachung der Wandlung durch Einrede — d. h. durch den beklagten Käufer im Prozesse mittels Einrede — einen Stützpunkt für die Betrachtung der Wandlung unter dem Gesichtspunkt eines einseitigen Rücktritts vom Vertrage finden. Es mag wohl auch nicht an Vertretern für diese Meinung gefehlt haben, die hierin auch ein willkommenes Gegengewicht gegen die Vertragskonstruktion der Wandlung fanden. Die Konsequenz wäre die: Beruft sich der beklagte Käufer auf sie im Prozesse, erklärt er also einredeweise, ich wandle, so ist — das Einverständnis des Verkäufers mit der Wandlung vorausgesetzt — die Wandlung vollzogen. Die nachträgliche Vollziehung der Wandlung legt den Klageanspruch des Verkäufers lahm.[18])

Dennoch aber ist diese Konsequenz eine durchaus unrichtige. Zugegeben werden muß, daß das Gesetz im § 478 eine Einrede der Wandlung gegeben hat, ohne daß dieselbe durch Vertrag vollzogen wird. Unrichtig ist es jedoch, in dieser Wandlungseinrede die vollzogene Wandlung zu erblicken, sie also zu einem Wandlungseinwand im Sinn einer „durch die Erklärung selbst gesetzten rechtsvernichtenden Tatsache" zu stempeln.[19]) Ausdrücklich gesteht ja der § 478 dem auf den Kaufpreis verklagten Käufer nur ein Leistungsverweigerungsrecht zu, das als solches nur die Geltendmachung des Rechts auf Wandlung, nicht aber die bereits vollzogene Wandlung bedeutet.[20])

Um es noch einmal zu sagen, wir haben es hier mit einer Einrede zu tun, dem Recht, die Erfüllung der noch nicht durch die Wandlung erloschenen Kaufpreisforderung zu verweigern und dies sowohl für die Zeit vor als nach der Verjährung des Wandlungsanspruchs.[21])

Die geltend gemachte Einrede führt nun, sofern sie begründet ist, zur Abweisung der Klage. Eine Vollziehung der durch die Einrede begehrten Wandlung durch rechtskräftiges Urteil kommt jedoch nicht in Betracht, da das Urteil bzgl. der Einrede nicht der Rechtskraft

---

[18]) s. Flechtheim S. 77ff.; Littmann S. 111f.

[19]) vgl. Oertmann S. 30; Flechtheim S. 78; Littmann S. 113.

[20]) Flechtheim S. 78.

[21]) Prot. I S. 676, 681; Titze S. 280f.; Planck zu § 478; Neumann zu 462 Nr. 7 und 478; Flechtheim S. 91 Anm. 53.

fähig ist. Das Ergebnis der Klageabweisung ist aber der Wandlung gleichzuachten.[22])

Es geht über die Grenzen vorliegender Arbeit hinaus, wollte man nun auch die Wandlung nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen einer eingehenden Erörterung unterziehen. Die bereits oben erwähnte, in dem Wandlungsbegehren liegende Vertragsnatur, entfernt sich zu sehr von dem Charakter des Rücktrittsrechts, so daß wir hier schon sagen könnten, die Wandlung tritt als eigenartiges Aufhebungsrecht des Kaufs neben das Rücktrittsrecht.

Es teilt aber nicht den ureigenen Begriff desselben. Das sagt auch der Gesetzgeber selbst, denn er spricht von „Wandlung" und nicht von einem Rücktrittsrecht.

Wenn wir nun doch auch hier in kurzem nach Voraussetzung, Begriff und Wirkungen der Wandlungen fragen, so hat dies lediglich den Zweck einer Gegenüberstellung von Wandlung und Rücktrittsrecht.

Die Voraussetzungen der Gewährleistung wegen Mängel der Sache geben die §§ 459 ff. Hiernach haftet der Verkäufer für offene und verborgene Mängel in der Kaufsache, einerlei, ob er den Mangel kannte oder nicht kannte, ob er ihn zu vertreten hatte oder nicht. Kenntnis des Käufers vom Mangel schließt die Haftung des Verkäufers aus, desgl. grobe Fahrlässigkeit des Käufers, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel absichtlich verschwieg, d. h. wenn er selbst den Mangel kannte und wußte, daß er dem Käufer unbekannt geblieben war (§ 460).

Die Gewährleistungspflicht betrifft weiter wesentliche Mängel, d. h. also Mängel, die die Tauglichkeit oder den Wert der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 459).[22])

Schließlich haftet der Käufer auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Abschlusses des Vertrages die zugesagten Eigenschaften besitzt (§ 459 Abs. 2).

In den Fällen des § 461, 466, 476 ist das Recht auf Wandlung ausgeschlossen.

---

[22]) s. Planck zu § 478 Anm. 3; Flechtheim S. 91 f.; Littmann S. 112 f.

[22]) Die Frage, wann ein Sachmangel vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden; vgl. Soergel, Rechtsprechung 1900—1905 zu §§ 459 ff.

Entscheidend für die Geltendmachung der Fehler und Mängel ist entgegen den Bestimmungen des gemeinen Rechts, wo selbst für die ädilitischen Rechtsbehelfe das Moment des Vertragsschlusses ausschlaggebend war, im Bürgerlichen Gesetzbuch der Augenblick des Gefahrübergangs.

Das bloße Vorhandensein von Fehlern berechtigt somit den Käufer, von den oben erwähnten Ausnahmen abgesehen, zur Wandlung.

Der Zweck der Wandlung ist nun in erster Linie, den Käufer in den Zustand zu versetzen, wie wenn er den Kauf nicht abgeschlossen hätte. Dies gilt auch zugunsten des Verkäufers, soweit dadurch eine Beeinträchtigung der Rechte des Käufers nicht zu befürchten ist.[23]) Es stimmt sonach die Wandlung mit den Wirkungen des Rücktrittsrechts vollkommen überein.[24]) Das BGB. verweist auch ausdrücklich im § 467 auf die Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht zurück. Im einzelnen sei, was die Rückgewährverpflichtungen angeht, folgendes bemerkt:

Der Verkäufer hat gemäß § 346 den gezahlten Kaufpreis nebst den gesetzlichen Zinsen von Empfang des Geldes an zurückzugewähren desgl. sind nach § 467 S. 2 auch die Vertragskosten zu erstatten (z. B. bei Vertrag über ein Grundstück die Kosten der Auflassung). Für Verwendungen des Käufers auf die Kaufsache haftet der Verkäufer nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 347 S. 1).

Der Käufer seinerseits hat die Kaufsache zurückzugewähren. Zufälliger Untergang der Kaufsache nimmt dem Käufer das Wandlungsrecht nicht (§ 350). Einen etwaigen Ersatz oder Ersatzanspruch, den der Käufer für die Kaufsache verlangt hat, hat er selbstverständlich dem Verkäufer gemäß § 281 BGB. zu überlassen. Die Nutzungen aus der Kaufsache sind ebenfalls dem Verkäufer herauszugeben (§ 347 S. 2). Analog den Vorschriften der §§ 351 und 352 ist die Wandlung ausgeschlossen, wenn der Käufer die Sache verschlechtert, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache ver-

[23]) vgl. Dernburg II § 186 S. 60.

[24]) Dernburg eod. nennt die Verweisung auf die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht wenig glücklich, da das, was für die Wandlung passe, nicht immer für den vertragsmäßigen Rücktritt angemessen sei und umgekehrt. Man wird ihm recht geben müssen, die Konstruktion der Wandlung als Vertrag läßt daselbst auf große Schwierigkeiten stoßen.

schuldet, oder wenn er die Sache ganz umgestaltet hat, es sei denn, daß der Mangel sich erst bei der Umgestaltung bezw. Verarbeitung gezeigt hat. Ebenso zieht eine Weiterveräußerung der Kaufsache für den Käufer die Unmöglichkeit der Wandlung nach sich, es sei denn, daß er trotzdem zur Zurückgabe derselben imstande ist (vgl. § 353).

Schließlich kann der Käufer auch noch dann seiner Rechte auf Wandlung verlustig werden, wenn er mit der Rückgewähr der Kaufsache in Verzug kommt. Alsdann kann nämlich der Verkäufer ihm eine angemessene Frist für die Rückgabe mit der Erklärung setzen, daß nach fruchtlosem Fristablauf die Rücknahme der Sache abgelehnt werde. Die vergebliche Fristsetzung hat die Folge, daß es dann eben bei dem Kaufe bleibt. Die Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts nach § 356 gilt auch für die Wandlung.

Stimmt nun auch die Wandlung in ihren Wirkungen mit denen des Rücktrittsrechts, abgesehen von einigen Ausnahmen, überein, bezweckt auch sie die Auflösung des Vertrages unter Wiederherstellung des früheren Zustandes, so spricht doch, um es noch einmal zu erwähnen, vor allem die Gestaltung der Wandlung gegen die Annahme eines gesetzlichen Rücktrittsrechts. Die Konstruktion der Wandlung als Anspruch, der nötigenfalls gerichtlich durchgesetzt werden kann, die im § 477 ausgesprochene Verjährbarkeit dieses Anspruches, die von dem Wesen des Rücktrittsrechts sich entfernenden Abweichungen der Wandlung — man denke z. B. an die Zulässigkeit von Schadensersatzansprüchen neben der Wandlung — läßt uns in einem anderen Sinne vom Rücktrittsrecht, in einem anderen von der Wandlung sprechen. Denn von dem Rücktrittsrecht will das Gesetz nur in dem Sinne gesprochen haben, der von ihm genau fixiert und als Ausgangspunkt unserer Arbeit genommen worden ist. Vertragliche Auflösung und Ersatz der Zustimmung des Verkäufers zur Wandlung durch Richterspruch sind wie die anderen Aufhebungsakte (Kündigung, Widerruf usw.) als verwandte Begriffe neben das Rücktrittsrecht zu setzen, ohne den Begriff desselben zu teilen.

Die Gemeinsamkeit der Voraussetzungen und Wirkungen rechtfertigt aber nicht auch den Rückschluß auf die Identifizierung des Begriffs. Damit hat auch die Wandlung als Rücktrittsrecht von unserer Betrachtung auszuscheiden.

Es bleibt noch eine Frage offen. Wenn wir die Behauptung aufstellen, daß das allgemeine gesetzliche Rücktrittsrecht beim gegenseitigen

Vertrage, wie wir es bei der Besprechung der §§ 326 und 325 kennen lernten, auf den Kauf als typischstes Beispiel des gegenseitigen Vertrages auch Anwendung finden müßte, was bei den Rechtsmängeln das Gesetz in § 440 auch ausspricht, so haben wir hier noch zu prüfen, ob neben dem eigenartigen Recht der Wandlung auch noch die §§ 325 und 326 weiter bestehen können.

Das Gesetz sagt hierüber nichts, eine Zurückweisung auf die §§ 325 f., wie sie § 440 Abs. 1 enthält, stellt in analoger Weise der § 462 nicht auf. Der Käufer kann bei Vorhandensein von Sachmängeln Beseitigung derselben verlangen, was ja zunächst wohl wenig praktischen Wert haben dürfte, er kann auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, welches Recht ihm auch tatsächlich im § 463 beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder Arglist des Verkäufers zugesprochen wird; wie es jedoch mit dem Rücktritt ist, bleibt Frage und ist auch in der Literatur nicht ganz unbestritten. Die Gleichheit des Zweckes mit der Wandlung hat manche dazu geführt, die Anwendbarkeit der allgemeinen Rücktrittsvorschriften zu leugnen.[25])

Insbesondere stellt Eccius[26]) den Satz auf, daß die Gewährleistungspflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs alle auf Grund von Sachmängeln der veräußerten Sachen geltend zu machenden Verbindlichkeiten umfasse. Er weist jede aus dem allgemeinen Recht der schuldhaft verabsäumten Vertragspflichten abgeleitete Entschädigungspflicht des Verkäufers wegen mangelhafter Leistung als neben den Gewährleistungsansprüchen zu Unrecht bestehend zurück, da jede Entschädigungspflicht wegen Nichterfüllung des Vertrages den Regeln der Gewährleistung ausdrücklich unterstellt sei. Auf demselben Standpunkt steht auch Titze,[27]) wenn er sagt, daß die Regelung der Mängelansprüche im Bürgerlichen Gesetzbuch eine derart erschöpfende sei, daß der Käufer Rechte, die ihm nicht ausdrücklich vom Gesetze zugesprochen

---

[25]) vgl. Crome § 220 S. 448; Eccius Bd. 43 S. 306; Titze S. 277 Note 45; Staub Anm. 37 zu § 377 h; HGB. Bd. 2 S. 1358; vgl. a. Fiebach S. 93 f.; Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 20; Planck § 459 Anm. 1 a; Kisch S. 194 f.; Oertmann § 459 Note 6, § 463 Ia; Windscheid § 395, 2 d; Neumann Vorbem. zu § 459 ff. S. 324 III, 2 a; s. Littmann S. 121 und Emmerich S. 69; Dernburg, DJZ.

[26]) Eccius S. 306.

[27]) Titze S. 277 Anm. 45.

seien, auch nicht aus den allgemeinen Gründen des Obligationenrechts ableiten könne.

Wesentlich anders begründen Schöller,[28]) Planck,[29]) Oertmann[30]) u. a. ihre Ansicht. Wir folgen hier am zweckmäßigsten den Ausführungen Schöllers, der bei der Frage nach der Abgrenzung der §§ 459 ff. gegenüber den Rechten aus §§ 323 ff. die Gewährleistung wegen Sachmängel unter dem Gesichtspunkt einer teilweisen, vom Schuldner zu vertretenden, Unmöglichkeit betrachtet.

Die vollständige Nichterfüllung gemäß § 325 können wir direkt ausscheiden, denn hier können nur die allgemeinen oben erwähnten Vorschriften über das Rücktrittsrecht Platz greifen, wenn ein derartiger Mangel nach dem Gefahrübergang entstanden ist und der Verkäufer ihn zu vertreten hat.

Nehmen wir aber mit Schöller an, daß ein Verschulden des Verkäufers den Mangel der Kaufsache nachträglich, d. h. vor Gefahrübergang nach Vertragsschluß herbeigeführt hat, so kommen entsprechend die §§ 325 Abs. 1 S. 2 und 326 Abs. 1 S. 3 die Vorschriften über den Rücktritt bei teilweiser verschuldeter Unmöglichkeit zur Anwendung, falls die betreffenden Voraussetzungen nur gegeben sind. Eine Verneinung dieser Rechte müßte analog auch dem Käufer das ihm ausdrücklich gewährte Recht auf Schadensersatz nach § 463 nehmen. In der äußersten Konsequenz schließlich müßte eine Verneinung der genannten Rechte den Verkäufer von jeder Haftung bezügl. solcher Mängel befreien, die von ihm nach Übergang der Gefahr auf den Käufer der Kaufsache zugefügt werden. Eine derartige Ausdehnung steht mit der Vorschrift des § 459 schlechthin in Widerspruch. Der Wortlaut des § 459 BGB. „der Verkäufer haftet dem Käufer dafür, daß die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist usw." sowie die Nichterwähnung des nachträglichen Verschuldens in den Fällen, in denen der Käufer Schadensersatz beanspruchen könne, lassen vielmehr deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber nur die Haftung für nachträglich verschuldete Mängel nicht in die Spezialbestimmungen über die Mangelhaftung aufgenommen

[28]) Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 20 ff.
[29]) Planck zu § 459.
[30]) Oertmann zu § 459.

wissen wollte. Daß aber die Fassung des Gesetzes den Rückgriff auf die allgemeinen Bestimmungen aus § 323 f. ausschließt, geht aus nichts hervor.[31])

Dieser Meinung wird man sich wohl auch anschließen müssen; sie wird auch von den meisten anerkannt. Vor allem möchte ich die Ansicht Fiebachs,[32]) der den Rücktritt neben der Wandlung für unzulässig erklärt, weil nicht auch § 462 f. wie § 440 auf die allgemeinen Regeln des § 323 zurückverweise und weil es dem Sinne des Gesetzes widerspräche, neben der Wandlung auch ein nicht der Verjährung unterworfenes Rücktrittsrecht zu geben, als durch die Ausführungen Schöllers für widerlegt ansehen.

Richtig ist aber seine Folgerung, daß Rücktritt und Wandlung nicht in der Weise ausgeübt werden dürfen, daß der Käufer, wenn der Anspruch auf Wandlung verjährt ist, nun unumschränkt von seiner Rücktrittsbefugnis Gebrauch machen könnte.[33]) Das widerspricht allerdings der Absicht des Gesetzgebers, und muß darum auch bei Sachmängeln der Rücktritt, wenn er unter den aufgestellten Voraussetzungen an Stelle der Wandlung erklärt wird, den Grundsätzen der Wandlungen unterliegen.[34])

Liegt darum ein durch nachträgliches Verschulden des Verkäufers hervorgetretener Mangel vor, so kann der Käufer entsprechend den §§ 325, 326 wegen der angenommenen teilweisen Nichterfüllung teilweise zurücktreten oder mangels Interesse an der teilweisen Leistung den Rücktritt vom ganzen Vertrage fordern.

Es sei zum Schlusse noch darauf hingewiesen, daß das Recht auf Wandlung im Bürgerlichen Gesetzbuch auch auf den Gattungskauf ausgedehnt worden ist (§ 480 BGB.). Im gemeinen Recht war, wie bereits erörtert, die Zulässigkeit der actio redhibitoria beim Genus-

[31]) Schöller führt das Beispiel an, daß bei dem Transport der verkauften Sache durch die Leute des Verkäufers Mängel zugefügt oder daß bei dem Verkauf eines Grundstücks zwischen Auflassung und Übergabe durch den Verkäufer Beeinträchtigungen an den Grundstücken vorgenommen werden.

[32]) Fiebach S. 94 Anm. 36.

[33]) Auch Littmann nimmt dies an; vgl. aber Crome S. 448 Anm. 33 am Schluß.

[34]) Kisch S. 194.

kauf sehr bestritten.[35]) Die Praxis hatte aber auch hier schon die Kluft weit überbrückt, und so hat das Bürgerliche Gesetzbuch in Erkenntnis der Zweckmäßigkeit beim Gattungskauf dem Käufer neben anderen Befugnissen das Recht auf Wandlung eingeräumt.[36])

Eine besondere Stellung nimmt sodann die Wandlung beim Viehkaufe ein, von welchem aber an dieser Stelle nicht zu handeln ist, wenn wir von der Verneinung der Wandlung als gesetzliches Rücktrittsrecht ausgehen.

§ 20.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei dem sukzessiv zu erfüllenden Kaufgeschäft wegen positiver Vertragsverletzungen.

Zum Schlusse vorliegender Arbeit ist noch mit einigen Worten auf eine erst in neuerer Zeit aufgeworfene, von der Praxis des Reichsgerichts wie auch von der Literatur vielfach besprochene Frage zu sprechen zu kommen, dem gesetzlichen Rücktrittsrecht beim sukzessiv zu erfüllenden Kaufgeschäft.

Den Anlaß, die Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen überhaupt festzulegen und ihre Wirkungen aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu erklären, gab eine RGE. v. 17. 12. 1901.[1])

Zum Verständnisse des Folgenden muß sie angegeben werden.

Ein Gastwirt hat sich auf mehrere Jahre hinaus verpflichtet, sein Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen. Die Brauerei ihrerseits verpflichtet sich zur fortgesetzten Lieferung des vereinbarten Bieres. Trotz wiederholter Rüge erhält der Gastwirt einen Monat hindurch schlechtes Bier.

---

[35]) § 5 d. Arbeit.

[36]) s. Planck zu § 480. Auch das mit dem Wandlungs- oder Minderungsanspruch elektiv konkurrierende dritte Recht, eine mangelfreie Sache an Stelle der mangelhaften zu verlangen, ist nicht als Rücktrittsrecht aufzufassen, da das Verlangen auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache gerade auf das Bestehenbleiben bei dem Vertrage hindeutet; vgl. Littmann S. 122, Mot. II S. 242 . . . dem Grundgedanken nach ist — wie Dernburg II S. 68 richtig bemerkt — der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache kein Gewährschaftsanspruch; dennoch gestaltet ihn das BGB. im § 480 Abs. 1 durch seine Verweisungen auf die Wandlungsvorschriften als solchen.

[1]) DJZ. Bd. 7 S. 118.

Die Frage ist die, ist der Wirt immer nur darauf angewiesen, das Bier nach der jedesmaligen Lieferung unverzüglich zu rügen, es zur Verfügung zu stellen oder wegen schuldhafter Verletzung des Vertrages Schadenersatz zu verlangen — inzwischen geht aber seine ganze Wirtschaft zu Grunde — oder soll ihm auch ein Rücktritt vom Vertrage gegeben sein . . .

Worin liegen die positiven Vertragsverletzungen, wie rechtfertigen sie das Rücktrittsrecht? . . .

Die erste Frage beantwortet sich unmittelbar aus unserem Beispiel. Die Brauerei hat den Vertrag schuldhaft verletzt, sie hat dem Vertrage zuwider schlechtes Bier gesandt.

Von positiver Vertragsverletzung können wir mithin dann sprechen, wenn jemand eine Verbindlichkeit in der Weise durch positives Tun verletzt, daß er etwas tut, was er auf Grund des Vertrages unterlassen sollte — oder wenn er die Leistung, die er bewirken soll, fehlerhaft bewirkt.[2])

Die zweite Frage, ob sich bei positiver Vertragsverletzung auch ein Rücktrittsrecht der verletzten Partei rechtfertigen läßt, ist indessen verschieden beantwortet und begründet worden.

Das Reichsgericht hat in unserem Falle folgendermaßen entschieden:

„Der Vertrag eines Wirts mit einer Brauerei auf Jahre hinaus, nur von letzterer Bier zu beziehen, darf nicht, wie geschehen, lediglich den allgemeinen Grundsätzen über den Rücktritt von einem sukzessiv zu erfüllenden Kaufgeschäft unterstellt werden. Denn bei einem solchen Vertrage ist das Fortkommen des Wirts von der ordnungsmäßigen Lieferung abhängig und eine schlechte Lieferung schließt nicht nur für die Zeit, in der er auf sie angewiesen ist, einen erfolgreichen Wirtschaftsbetrieb unwiederbringlich aus, sondern ist auch durch die Einwirkung auf die Kundschaft dauernd zu schädigen geeignet. Es hat deshalb als selbstverständlich bedungen zu gelten, daß fortgesetzt gut zu liefern und andernfalls der Rücktritt gestattet sei. Wenn also Beklagter, der sich verpflichtete, 10 Jahre lang sein Bier von der Brauerei des Klägers zu beziehen, trotz wiederholter Beanstandung den April hindurch und dann wieder im Mai schlechtes Bier erhielt, so durfte er von dem Vertrage zurücktreten."

[2]) s. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904 S. 1.

Mit Recht sagt Dernburg,[3]) daß diese Entscheidung wohl dem materiellen Recht entsprochen haben mag, ihre Begründung dagegen Anlaß zu Bedenken gäbe, wenn das Reichsgericht in diesem Falle ein stillschweigend ausbedungenes Rücktrittsrecht annähme. Die Eventualität einer schlechten Bierlieferung ist von dem Wirte beim Vertragsschluß gar nicht ins Auge gefaßt worden, man hat es vielmehr bei den gesetzlichen Folgen schlechter Lieferung bewähren lassen. Noch viel weniger ist es glaubhaft, daß die Brauerei den Rücktritt bei schlechter Bierlieferung vertragsmäßig gestattet habe; über eine solche Eventualität ist gewiß nicht beim Abschluß des Kaufes verhandelt worden. Solche Maßnahmen enthalten ein Mißtrauensvotum und setzen den Verkäufer den Schikanen des Käufers aus.

Wir sagten oben, die Literatur hat zu dieser Frage Stellung genommen.

In erster Linie war es Staub, der in seiner Abhandlung: „Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen“[4]) die von dem Reichsgericht aufgedeckte Frage, die ihm in anderen Fällen in seiner Praxis bereits häufiger gegenüber getreten war, einer eingehenden Besprechung unterzog, und die er weiter ausbaute,[5]) nachdem Wissenschaft und Praxis sich mit seinen Ausführungen näher befaßt hatten.

Staub weist zunächst hier die Ansichten anderer Schriftsteller wie Goldmann-Lilienthal,[6]) Crome,[7]) Schöller[8]) als „gekünstelt“ und „geschraubt“ zurück, die in dem gedachten Falle den § 280 BGB. angewandt wissen wollten, weil eine Unmöglichkeit der Leistung vorliege[9]) — oder — wie Crome einen Schadensersatzanspruch wegen der Vertretungspflicht aus § 276 BGB. konstruierten;[10])

---

[3]) Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, DJZ. 8. Jahrg. Nr. 1 S. 1 f.

[4]) Guttentagsche Festschrift für den 26. deutschen Juristentag S. 29 f.

[5]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, S. 30 ff.

[6]) Goldmann-Lilienthal Bd. 6 S. 333.

[7]) Crome, Bürgerl. Recht Bd. 2 S. 65.

[8]) Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 26 ff.

[9]) Staub, Pos. Vertragsv. S. 8 ff. Im folgenden ist immer auf die Schrift Staubs von 1904 hinzuweisen.

[10]) Staub ibid. S. 71.

oder schließlich — wie Schöller — in der Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der auf Unterlassung gerichteten Leistung ersahen.[11])

Sie entsprechen, wie Staub beweist, in ihrer Konstruktion nicht dem Rechtsgefühl, wenn sie in den gedachten Fällen bloß eine Schadensersatzpflicht für jeden einzelnen Verletzungsfall konstatieren.

Es muß darum ein gesetzliches Rücktrittsrecht von dem ganzen Vertrage gegeben sein.

Rechtfertigt die Rechtswissenschaft ein solches? . . . Staub bejaht diese Frage.[12]) Er sagt: „Kann die Rechtswissenschaft das Rücktrittsrecht nicht unmittelbar aus dem Gesetz entnehmen, so kann sie es doch mit Hilfe des Gesetzes begründen. Denn es gibt ja noch das Rechtsinstitut der Analogie."

Die Analogie ist aber vom Gesetze gestattet und gewollt.[13])

Unter Zuhilfenahme der Analogie des § 326 BGB. — der dem Gläubiger das Recht des Rücktritts wegen Verzugs des ganzen Vertrags gibt — gewährt entsprechend auch Staub dem Käufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn „wesentliche Vertragsverpflichtungen" durch positives Tun verletzt werden.

Positive Rechtsverletzungen verlangen aber eine gleiche Behandlung wie Rechtsverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung den Vertragszweck vereitelt. Es ist der gesetzgeberische Gedanke, der dem § 326 zugrunde liegt, daß bei teilweisem Verzuge bei dem sukzessiven Lieferungsgeschäft das Recht die Ablehnung der Erfüllung auch für die Zukunft zuläßt, wenn auch nur eine Rate der Lieferung im Verzuge ist.

Mit diesem Grundsatze tritt nach Staub auch der § 469 BGB. nicht in Widerspruch, da letzterer lediglich den Fall behandelt, wo aus dem Mangel der Sache Rechte hergeleitet werden, also der reine Fall der ädilitischen Mängel in Frage kommt. In unserem Falle sind

---

[11]) Staub ibid. S. 13 ff.

[12]) Staub ebenda S. 22 f.

[13]) Staub unter Berufung auf Dernburg, BGB. I S. 79. Soweit die Rechtsprechung nicht unmittelbar ihre Entscheidungen aus dem Gesetze selbst herleiten kann, wird sie, wie im bisherigen Recht, die Analogie zu Hilfe nehmen, d. h. sie hat auf die Grundprinzipien unseres Gesetzes oder einer Mehrheit von Gesetzen oder der Gesamtheit der Gesetzgebung zurückzugehen und nach denselben nicht besonders geregelte Fälle zu entscheiden.

eben weitere Punkte heranzuziehen, da bei schuldhaft mangelhafter Erfüllung auch weitere Rechte gegeben sein müssen. Diese weiteren Befugnisse gewährt die analoge Anwendung des § 326 BGB.

Soweit die Ausführungen Staubs.

Das Reichsgericht hat Stellung zu denselben genommen.[14])

Aber auch die Literatur machte die Ausführungen Staubs zum Gegenstand weiterer Erörterungen über die Frage von den positiven Vertragsverletzungen und ihren Rechtsfolgen beim sukzessiv zu erfüllenden Kaufe, zum Teil unter Bekämpfung der oben entwickelten Anschauungen.

So ist es insbesondere Dernburg,[15]) der Staubs Ausführungen zwar für sehr praktisch erachtet, von der Heranziehung der Analogie jedoch nichts wissen will, da dieselbe nur dann in Kraft trete, wenn das Gesetz besagte Fälle nicht besonders geregelt habe. Das Gesetz aber habe bezüglich der Haftbarkeit des Verkäufers wegen Mängel in der Beschaffenheit der Kaufsache sehr eingehende Bestimmungen getroffen, die in erster Linie heranzuziehen wären, ehe man zu Analogie griffe. Dernburg kommt zu folgendem Resultat[16]):

Hat der Käufer beim sukzessiven Lieferungsgeschäft die Ware in einem Lieferungstermin bereits angenommen, so kann er nur Wandlung bzgl. der gelieferten Rate verlangen. Ein Rücktritt von dem ganzen Vertrag ist nicht gegeben. Macht er dagegen den Verkäufer darauf aufmerksam, daß er gemäß § 480 BGB. eine mangelfreie Sache ihm zu liefern habe, prüft er die neue Lieferung auch vor der Annahme und erweist sie sich wieder als mangelhaft, so daß der Käufer sich veranlaßt sieht, die Sache zurückzuweisen, so ist der Verkäufer in Verzug gesetzt und dem Käufer steht ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage zu.

Ähnlich und in den meisten Punkten mit Dernburg übereinstimmend begründet auch Kipp[17]) die Zulässigkeit des Rücktritts. Er sagt, nur die zulässige Zurückweisung der fehlerhaften Lieferung, die eine Prüfung derselben freilich zur notwendigen Voraussetzung habe, begründe Verzug,

---

[14]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 54 S. 98, 286, Bd. 52 S. 118. Der Ansicht Staubs in allen Punkten folgt Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 72.

[15]) Dernburg, DJZ. Jahrg. 1903 Note 1 S. 1 ff.

[16]) Dernburg eod. S. 4.

[17]) Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, DJZ. 1903 Nr. 11 S. 253 ff.

der in seiner Folge das Rücktrittsrecht des Käufers vom ganzen Vertrage nach § 326 BGB. rechtfertigte.[18])

Den erwähnten Ansichten gegenüber verteidigt noch einmal Staub seinen Standpunkt. Er sagt, wenn von Dernburg und Kipp behauptet werde, daß daß Angebot fehlerhafter Ware Verzug sei, der das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. gäbe, so sei dies nicht richtig.[19]) Es gäbe viele Fälle, in denen der Käufer die Waren annehmen müsse, ihre Übergabe also nicht vereiteln könne, weil eben die Ware erst geprüft werden müsse und diese Prüfung notwendig den Besitz der Sache voraussetze.

In allen diesen Fällen, meint Staub, gerate der Verkäufer, da ja der Käufer die Übergabe nicht vereitelt habe, durch das Angebot der Ware nicht in Verzug. Ein Recht aus § 326 stünde daher dem Verkäufer nicht zu.

Helfen könne hier nur die analoge Anwendung des § 326 BGB.[20])

Ferner wendet sich Staub auch gegen die Ansicht mancher Schriftsteller,[21]) die das Rücktrittsrecht beim Sukzessivlieferungsgeschäft auf zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung nach § 325 BGB. ableiten wollen. Auch das Reichsgericht wendet die Unmöglichkeitstheorie in seiner Entscheidung Bd. 54 S. 288, entgegen der S. 98 ibid. enthaltenen Entscheidung, die durchweg den Gedanken Staubs gefolgt war.

Man wird hier der Meinung Staubs folgen müssen, daß es sich in solchen Fällen nicht um eine Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern — wie bereits erwähnt — um positive Vertragsverletzungen handelt,

---

[18]) vgl. die oben zitierte Schrift Staubs S. 30 ff.

[19]) Staub ibid. S. 49. Die Meinung Dernburgs und Kipps ist indessen nicht richtig von Staub gewürdigt. In der Tat haben Dernburg und Kipp ja nicht behauptet, daß bloßes Angebot fehlerhafter Leistung den Verkäufer in Verzug setze und dem Käufer daher ein Rücktrittsrecht gebe. Sie sagen vielmehr ausdrücklich, daß der Gläubiger sie erst zurückweisen müsse; vgl. Lehmann S. 107.

[20]) Auch diese Ansicht Staubs trifft nicht ganz zu, wie Lehmann S. 107 beweist. Nicht die Entgegennahme der Ware allein bewirkt den Verzug, sondern nur die Annahme derselben als Erfüllung.

[21]) vgl. Winter über das Recht zur Wandlung oder zum Rücktritt bei Sukzessiv-Lieferungsverträgen, in Rassow und Künzel. Beiträge zur Erl. des deutschen Rechts Jahrg. 48 S. 193 f.

die unter analoger Anwendung des § 326 BGB. das Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage begründen.

Wie Staub selbst anführt,[22]) hat auch das Reichsgericht sich später wieder vollständig auf seinen Standpunkt gestellt,[23]) und seine Ansicht vertritt auch in der neuesten Literatur in dem Aufsatze: „Über die positiven Vertragsverletzungen" Lehmann.[24])

Auch er spricht sich ohne Zweifel für die analoge Anwendung des § 326 BGB. bei einem Vorliegen positiver Vertragsverletzungen aus. Dennoch warnt er, von einer Fristsetzung oder Androhung — wie sie der § 326 vorschreibt — ohne weiteres abzusehen. Staub hatte letzteres vorgeschlagen.[25])

Das müßte aber notwendigerweise zu einem einseitigen Interessenschutz des Gläubigers führen. Da aber die Fristsetzung nicht nur ein Recht des Gläubigers, sondern auch ein Recht des Schuldners ist, so folgert Lehmann, daß eine Frist immer dann gesetzt werden muß, wenn nur die bloße Besorgnis vorhanden ist, ob die ferner zu erbringenden Leistungen vertragsmäßig ausfallen werden, trotzdem aber das Interesse an diesen noch ausstehenden Leistungen weiter besteht. Sind indessen die Zuwiderhandlungen des Verkäufers derartige, daß sie über die Besorgnis der vertragsmäßigen Bewirkung der ferneren Leistungen hinaus jedes Interesse an der Erfüllung der noch ausstehenden Leistungen genommen haben, so rechtfertigen sie ohne weiteres den Rücktritt, in welchem Falle nicht einmal eine Warnung erforderlich ist.[26])

Mit einigen Worten sei noch auf die vorzeitige Erfüllungsverweigerung hingewiesen. Wir erwähnten ihrer bereits bei dem Rücktrittsrecht vom Vertrage wegen Verzugs und sagten, daß es in solchen Fällen einer Fristsetzung nicht bedürfe.[27])

Das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 51 S. 349, Bd. 52 S. 152 gesteht dem vertragstreuen Teil im Fall einer vorzeitigen

---

[22]) Staub S. 47.

[23]) vgl. die Entsch. v. 23. 2. 04 HDZ. Bd. 9 S. 345.

[24]) Lehmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 96 Heft 1 S. 60ff.

[25]) Staub S. 24 sagt nämlich, daß diese Erfordernisse wegfallen könnten, da die Natur der positiven Vertragsverletzungen, die unerwartet hereinbrächen, darauf nicht passe. Nur unter Umständen erachtet er eine Warnung, Vertragsverletzungen dieser Art künftig zu unterlassen, für erforderlich.

[26]) vgl. Lehmann S. 111.

[27]) s. § 16 d. A.

Erfüllungsverweigerung ... d. h. der Erklärung des Schuldners vor dem Erfüllungstermin, daß er überhaupt nicht leisten werde ... das Recht zu, schon vor Einbruch der Leistungszeit eine Erklärung abzugeben, insbesondere Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

In einer späteren Entscheidung vom 23. 2. 04 [28]) hat aber das Reichsgericht die Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen angenommen und in der vorzeitigen Erfüllungsweigerung einen positiven Vertragsverletzungsakt erblickt, der dem vertragstreuen Teil wegen Gefährdung des Vertragszweckes unmittelbar — d. h. ohne Fristsetzung oder Mahnung — das Recht des Rücktritts vom Vertrage gibt. Um die analoge Anwendung des § 326 BGB. aber nicht zu einer Willkür des Gläubigers ausarten zu lassen, wird man die sofortige Geltendmachung des Rücktrittsrechts auch hier von dem Wegfall des Interesses abhängig machen. [29])

In allen besprochenen Fällen des Sukzessivlieferungsgeschäftes, bei welchen sich der Verkäufer positive Vertragsverletzungen zuschulden kommen läßt, haben wir es mit einem gesetzlichen Rücktrittsrecht zu tun, das durch einseitige Erklärung rechtliche Wirksamkeit erlangt. Es darf daher von Wandlung nicht gesprochen werden, beruht doch die Wandlung auf der besonderen Gewährleistungsfrist des Verkäufers, die bezgl. ihrer Geltendmachung die erfolgte Übergabe der Kaufsache voraussetzt.

Die früher vertretene Meinung in der Rechtsprechung, [30]) daß hier eine Wandlung, nicht aber ein gesetzliches Rücktrittsrecht in Frage käme, sind unrichtig, wie dies die Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Braunschweig [31]) ausdrücklich ausspricht und das Reichsgericht in seinem Urteil v. 22. 11. 02 [32]) eingehend ausführt.

Entgegen Dernburg und Kipp, [33]) die die Gewährleistungsfristen für den Kauf für so erschöpfend halten, daß es nicht noch weiter-

---

[28]) DJZ. Jahrg. 9 S. 342 ff.

[29]) Lehmann S. 112, 113 entgegen der früheren Meinung Staubs S. 53—56.

[30]) vgl. die von Winter S. 196 unter 1—3 zitierten Entsch.

[31]) Recht 1902 S. 394 Nr. 1857; vgl. Winter S. 198.

[32]) RG. Bd. 53 S. 70 ff.

[33]) vgl. die oben erwähnten Abhandlungen von Dernburg und Kipp.

gehender Rechte bedürfe, ist nach dem Vorhergegangenen noch einmal zu sagen, daß unser Gesetz über die Gewährleistungsvorschriften hinaus dennoch dem Käufer ein Recht des Rücktritts gerade beim Sukzessivlieferungsgeschäft gibt, das weder aus stillschweigender Vereinbarung seine Berechtigung herleitet, noch auf eine Unmöglichkeits- oder sonstige Theorie aufbaut, sondern unter Zuhilfenahme der Analogie in sinngemäßer Anwendung des § 326 BGB. seinen Rückhalt findet, wie es die Ausführungen des verdienstvollen Juristen Staub bewiesen haben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.